Die

Aktienzeichnung.

Inauguralabhandlung,

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Würzburg

vorgelegt von

FELIX FRUTH.

KGL. LANDES BIBL.

DRESDEN.
Druck von Albert Walther, Moritzstrasse 12.
1903.

Übersicht.

§ 1. Einleitung . . . . . 3.

Erstes Kapitel: Die Zeichnung als Erklärung.

§ 2. Die Form der Erklärung . . . . . 4.
§ 3. Der wesentliche Inhalt des Scheines . . . . . 5.
§ 4. Der formelle Inhalt des Scheines . . . . . 6.
§ 5. Sonstiger Inhalt der Erklärung . . . . . 9.
§ 6. Die Zeit der Erklärung . . . . . 10.
§ 7. Der Empfänger der Zeichnungserklärung . . . . . 11.

Zweites Kapitel: Die Zeichnung als Einwilligung in die Aufnahme.

§ 8. Der Eintritt in eine Aktiengesellschaft . . . . . 16.
§ 9. Der Eintritt in eine Verbandsperson . . . . . 19.
§ 10. Die Aktienzeichnung als Erklärung der Einwilligung in den Aufnahmeakt . . . . . 23.

Drittes Kapitel: Die Wirkungen der Zeichnung.

§ 11. Übersicht . . . . . 27.
§ 12. Die Gebundenheit . . . . . 28.
§ 13. Wesen und Wirkung der Zuteilung . . . . . 29.
§ 14. Der Zeitpunkt der Zuteilung . . . . . 33.
§ 15. Das Recht auf Zeichnung und Zuteilung . . . . . 37.
§ 16. Überzeichnung und Überzuteilung . . . . . 42.
§ 17. Nichtigkeit der Zeichnung . . . . . 43.
§ 18. Anfechtung der Zeichnung . . . . . 44.

§ 1.

Einleitung.

I. Das neue Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 kennt wie das alte zwei Fälle der Aktienzeichnung, einen bei der Gründung einer neuen und den anderen bei der Kapitalserhöhung einer bestehenden Aktiengesellschaft. Vorliegende Arbeit wird weder den zweiten Fall, als weniger interessant, ganz ignorieren[1]), noch als dem ersten unebenbürtig und ungleichartig besonders abhandeln[2]), vielmehr ist eines ihrer Hauptziele, darzulegen, dass beide Fälle wirklich wesensgleich sind.

Naturgemäss kommen beide Fälle auch bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien vor. Die hier gebotene selbstverständliche Abweichung[3]) berührt das Wesen der Zeichnung jedoch nicht; sieht man von ihr ab, so gilt alles von der Zeichnung Gesagte für die Aktiengesellschaft und Aktienkommanditgesellschaft gleichmässig.

II. In der Praxis kommt der Gründungsfall der Zeichnung nur noch sehr selten vor, da fast alle Gründungen heutzutage als Gleichgründungen vollzogen werden. Bei Kapitalserhöhungen ist die Zeichnung indes unvermeidlich, heisst aber im Verkehr oft „Übernahme", während man „Zeichnung" einen Vorgang nennt, der mit dem gesetzlichen Begriff der Zeichnung nichts gemein hat. Sehr häufig nämlich werden neue Aktien von einer Bank übernommen, um dann später in den Verkehr gebracht zu werden. Nur diese Übernahme seitens der Bank ist dann eine Zeichnung im Sinne des Gesetzes. Das Mittel, durch das die Bank später die Aktien in den Verkehr bringt, die öffentliche Zeichnung, ist das gleiche, durch das auch Anleihen untergebracht werden; rechtlich ist aber eine solche vom Verkehr so genannte Zeichnung von Aktien nichts anderes als ein Massenausverkauf seitens der Bank; sie teilt mit der uns beschäftigenden Aktienzeichnung nur den Namen und das äussere Verfahren und ist, wie die Anleihenzeichnung auch, eine einfache

---

[1]) Hahn, Seite 6.

[2]) Averbeck, Seite 2.

[3]) Die Zeichnungsscheine müssen auch noch die Namen derjenigen Gründer enthalten, welche persönlich haftende Gesellschafter sind. H. G. B. § 323 Abs. 1.

Kaufofferte, also eine ganz alltägliche Erscheinung des bürgerlichen Rechtsverkehrs[1]).

III. Anders unsere Aktienzeichnung. Sie ist ein besonderes aktienrechtliches Institut und als solches ihrem Wesen und ihrer Wirkung nach zu untersuchen. Auszugehen ist davon, dass die Zeichnung durch eine Erklärung erfolgt. (H. G. B. § 189 Abs. 2.) Als solche betrachten wir sie zunächst, suchen dann in einem zweiten Abschnitt das Wesen dieser Erklärung zu bestimmen und behandeln in einem dritten Teil ihre Wirkungen.

Erstes Kapitel.

Die Zeichnung als Erklärung.

§ 2.

Die Form der Erklärung.

I. Das Gesetz verlangt für die Zeichnungserklärung die Schriftform. (H. G. B. § 189 Abs. 2, § 281.) Ein Mangel derselben hat nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes die Nichtigkeit der Erklärung zur Folge (B. G. B. § 125.) Der Aussteller muss die Erklärung eigenhändig unterschreiben oder sein Handzeichen beglaubigen lassen. Eine telegraphische Zeichnung genügt also nicht (B. G. B. § 127), noch viel weniger eine telephonische; eine unrichtige Übermittelung der Zeichnung ist demnach nicht wohl denkbar[2]). Möglich ist aber die telegraphische oder telephonische Vollmachterteilung, die schriftliche Zeichnungserklärung für den Abwesenden vorzunehmen. (B. G. B. § 167, Abs. 2.)

II. Die schriftliche Erklärung muss auf einem besonderen Schein, dem Zeichnungsschein, erfolgen (H. G. B. § 189 Abs. 3, § 281). Ausgeschlossen ist damit die Eintragung des Zeichners in eine Liste[3]) und überhaupt jede Vereinigung mehrerer Zeichnungen eines oder mehrerer Zeichner in einer Urkunde. Jeder zeichnet vielmehr auf einem besonderen Schein. Zweifelhaft bleibt es, ob eine Zeichnung eines Zeichners in mehreren Scheinen erklärt werden kann, ob also ein Zeichner statt einer grösseren Zeichnung mehrere

[1]) Neuerdings werden von Herz in seinem Aufsatz: „Zeichnung und Zuteilung" in Holdheims Monatsschrift, 1903 Seite 33, alle Zeichnungen mit Ausnahme der Gründungszeichnung, die er „gebundene" nennt, als „freie" zusammengeworfen.

[2]) And. Mein. Cosack, Lehrbuch S. 608.

[3]) E. R. G. Bd. 41, S. 13; früher abweichend Bd. 19, S. 126; vergl. Staub Anm. 1 zu § 189.

kleinere giltig abgeben kann. Dies zuzulassen ist jedenfalls nicht unbedenklich; denn die Zuteilungsorgane werden dann bei grösseren Emissionen nur schwer die Kreditwürdigkeit und den Wert der Zeichnungen, wie sie nach § 202 zu tun verpflichtet sind, prüfen können und zwar namentlich dann, wenn mehrere Zeichnungsstellen tätig sind.

III. Die Ausfertigung des Zeichnungsscheines soll in zwei Exemplaren erfolgen (H. G. B. § 189 Abs. 3, § 281 Abs. 1 Satz 2). Ein Verstoss gegen diese Ordnungsvorschrift („soll") hat auf die Wirksamkeit der Zeichnung keinen Einfluss[1]). Das Gericht, dem die Duplikate der Scheine einzureichen sind, wird aber die Gesellschaft bezw. die Kapitalserhöhung nicht eintragen, wenn die Duplikate ihm nicht vorgelegt werden. Für die daraus entstehenden Kosten und Schwierigkeiten wird der Vorstand bez. die Gründer der Gesellschaft zu haften haben. (H. G. B. § 195 Abs. 2, Ziffer 3 und § 284 Abs. 2, Ziffer 1).

§ 3.

Der wesentliche Inhalt des Scheines.

I. Jeder Zeichnungsschein hat einen unbedingt notwendigen Inhalt. Zu demselben gehört:

1. Die Erklärung, dass der Unterzeichnete sich bei einer Gesellschaft als Aktionär beteiligen wolle,
2. die Benennung dieser Gesellschaft,
3. die Angabe des Umfanges der gewünschten Beteiligung.

Derselbe ist, wenn die Gesellschaft nur eine Art von Aktien hat oder haben soll, hinreichend bestimmt durch die Zahl der gewünschten Aktien; werden aber mehrere Arten ausgegeben, so muss ausser der Zahl noch der Betrag und die Gattung der Aktien aus dem Schein hervorgehen (H. G. B § 189 Abs. 2 und § 281 Abs. 1, Satz 2).

Diese drei Angaben bilden in beiden Fällen der Zeichnung, der Gründungs- wie Erhöhungszeichnung, den unbedingt notwendigen Inhalt der Zeichnungserklärung. Diese Identität sei besonders hervorgehoben.

II. Dieser Inhalt ist unbedingt notwendig; denn Scheine, welche ihn nicht oder nicht vollständig enthalten, sind unheilbar nichtig. (H. G. B. § 189 Abs. 2 und Abs. 4, Satz 2, § 281 Abs. 2.) Er ist in ganz demselben Sinne wesentliches Erfordernis eines Zeichnungsscheines, wie es die in Artikel 4 der Wechselordnung

[1]) Planck, Komm. B. G. B. Bd. 1, S. 26.

aufgeführten acht Angaben für den Wechselbrief sind (W. O. Art. 7). Nun ist aber aus dem als wesentlich erforderten Inhalt einer Erklärung ein sicherer Schluss auf den wesentlichen Willen des Erklärenden zulässig. Es ist demnach nicht bloss unbedingt erforderlicher Inhalt des Scheines, sondern zugleich der essentielle Wille des Zeichners, in bestimmtem Umfange bei einer bestimmten Aktiengesellschaft als Aktionär beteiligt zu werden.

Wenn nun ferner dieser Wille des Zeichners in Form des Zeichnungsscheines erklärt werden muss, so ist die Zeichnung ein vom Recht dargebotenes und vom Zeichner benutztes Mittel, den Zeichner seinem Wunsche gemäss zum Aktionär zu machen.

Es ergibt sich also, dass der Zeichner Aktionär werden will, dass er, um es zu werden, zeichnet, und dass diese seine Zeichnung im wesentlichen nichts als den Ausdruck der Bereitwilligkeit enthalten muss, es auf Grund der Zeichnung zu werden.

III. Dieser wesentliche Inhalt der Zeichnungserklärung könnte folgende Fassung haben: Unterzeichneter erklärt, sich bei der Ixheimer Kreditanstalt, Aktiengesellschaft, mit hundert Aktien beteiligen zu wollen. Eine solche Erklärung enthält nun zwar die wesentlichen Angaben, ist aber immer noch recht problematisch. Denn sie besagt wohl unzweideutig, dass der Zeichner Aktionär werden, aber nicht darüber, wie er zu den Aktien kommen will. So könnte sie sehr wohl eine Kaufofferte sein. Wer z. B. einen solchen Schein einer Bank schickt, die vorher angezeigt hat, dass sie die vom Zeichner gewünschten Aktien in den Verkehr bringen werde, der will offenbar von der Bank diese Aktien kaufen; seine Erklärung, sich an der Gesellschaft mit Aktien beteiligen zu wollen, ist dann den Umständen nach unzweifelhaft eine Kaufofferte.

Ebenso wird es sich nun auch für die Zeichnung aus den Umständen ergeben, wie der Erklärende zu den Aktien kommen will und wie demgemäss seine Erklärung gemeint ist. — Es ist immerhin merkwürdig, dass über die gewiss essentielle Frage des Wie der wesentliche Inhalt des Scheines keinen Aufschluss gibt.

§ 4.

Der formelle Inhalt des Scheines.

Ausser dem unbedingt notwendigen, wesentlichen Inhalt des Scheines verlangt das Gesetz formell noch weitere Angaben und die Aufnahme einer Beschränkung (H. G. B. § 189 Abs. 3, § 281 Abs. 1).

I. Anzugeben sind:

A) im Falle der Gründungszeichnung

1. der Tag der Feststellung des Statuts,

2. der wesentliche Inhalt desselben nach Massgabe des § 182, Abs. 2,

3. die etwaigen Einbringungen (Apports) nach Massgabe des § 186,

4. die etwaigen mehreren Gattungen von Aktien verschiedener Berechtigung, sowie der Gesamtbetrag einer jeden Gattung,

5. Namen, Stand und Wohnort der Gründer,

6. Emissionskurs und Einzahlungsbeträge;

B) im Falle der Erhöhungszeichnung

1. der Tag des Beschlusses über die Kapitalserhöhung, entsprechend wie unter A) 1,

2. etwaige Apports,

3. die etwaigen mehreren Gattungen von Aktien verschiedener Berechtigung, sowie der Gesamtbetrag einer jeden Gattung,

4. Emissionskurs und Einzahlungsbeträge.

Es fehlen demnach unter B. die Angaben, wie unter A. 2. und 5. ganz, B. 1. ist den Umständen gemäss verändert. Über die für die Aktienkommanditgesellschaft notwendigen Besonderheiten vergl S. 3, Anm. 3.

Gegenüber dem wesentlichen Inhalt sagen diese Angaben nichts neues, sie dienen nur dazu, klarzustellen, auf welche Aktiengesellschaft und auf welche Gattung ihrer Aktien sich die Zeichnung bezieht. Dieser geringeren Bedeutung der Angaben gemäss ist ein Mangel derselben weniger gefährlich, als ein solcher der wesentlichen Punkte. Zwar ist das Vorhandensein formelles Erfordernis eines giltigen Scheines; fehlen sie, so ist der Schein nichtig[1]). Allein diese Nichtigkeit ist heilbar. Wenn nämlich ungeachtet eines hiernach nichtigen Scheines die Eintragung der Gesellschaft bez. die Eintragung der Kapitalserhöhung erfolgt und wenn ferner der Zeichner im Falle der Gründungszeichnung in den Versammlungen vor der Eintragung erscheint und abstimmt, kurz als Aktionär handelt, so ist durch dies konkludente Verhalten des Zeichners seine Zeichnungsabsicht genugsam bewiesen; kommt hierzu noch die konstitutive Eintragung des Gerichtes, so ist die Nichtigkeit der Zeichnungserklärung geheilt. (H. G. B. § 189 Abs. 4 und § 281, 2). Um diese

[1]) Ent. d. Kammergerichts v. 26. Juli 1902; Recht 1902, S. 531.

Heilung der Nichtigkeit anzudeuten, gebraucht das Gesetz leider den sehr bedenklichen Ausdruck: der Zeichner sei der Gesellschaft wie aus einem gültigen Schein verpflichtet. Das Gesetz will offenbar sagen: der Zeichner ist trotz Ausstellung des nichtigen Scheines Aktionär geworden und als solcher der Gesellschaft verpflichtet, als wenn er giltig gezeichnet hätte. Diese Aktionärpflichten, vor allem die Pflicht aus § 211, haben aber mit der Zeichnung nichts zu tun; sie beginnen mit der Eintragung der Gesellschaft bez. der Kapitalserhöhung, also zu einem Zeitpunkt, wo der Aussteller des Zeichnungsscheines aus einem Zeichner längst ein Aktionär geworden ist und als Aktionär, nicht aber als Zeichner, seinen Aktionärpflichten genügen muss.

Rechtlich stellt sich diese Heilung der Nichtigkeit des Scheines dar als ein besonderer Fall der Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes, also als ein Fall von § 141 B. G. B. Es liegt in diesem konkludenten Handeln des Zeichners eine ausnahmsweise stillschweigend und formlos zugelassene Bestätigung des Zeichnungswillens. Diese konkludente Zeichnungserklärung tritt an die Stelle der ausdrücklichen, aber nichtigen des Scheines, die also nicht wieder wirksam wird. Natürlich werden auch Nebenabreden desselben (§ 5 der Arbeit) durch die konkludente Bestätigung nicht geheilt.

Gestattet aber sonach das Aktienrecht eine stillschweigende Bestätigung der Zeichnung, so hat es damit die ausdrückliche, also auch formbedürftige des § 141 B. G. B. nicht ausgeschlossen [1]). Da diese Bestätigung als erneute Vornahme des Rechtsgeschäftes anzusehen ist, also form- und fristgerecht erfolgen muss, so kann eine mündlich oder verspätet erklärte Bestätigung den nichtigen Schein nicht ersetzen.

II. Der Schein muss ferner eine Beschränkung enthalten, nämlich eine Ausschlussfrist, binnen deren die Errichtung der Gesellschaft beschlossen bez. die Kapitalserhöhung eingetragen sein muss, andernfalls die Zeichnung für den Zeichner unverbindlich werden soll (H. G B. § 189 Abs. 3 Ziffer 4., § 281 Abs. 1, Ziffer 4). Daraus folgt umgekehrt, dass bis zum Ablauf der Frist der Erklärende gebunden, dass also die Erklärung so lange unwiderruflich ist.

Die Beifügung dieser Frist ist ebenso formelles Erfordernis eines giltigen Scheines wie die der unter I. genannten Angaben. Fehlt die Frist, so ist der Schein nichtig. Diese Nichtigkeit ist aber unter den gleichen Voraussetzungen wie zu I. heilbar.

[1]) Anderer Meinung Behrend, Lehrbuch S. 735, Anm. 10.

§ 5.

Sonstiger Inhalt der Erklärung.

Als aktienrechtliche Zeichnungserklärung gilt nur der Zeichnungsschein; was demnach der Zeichner in anderen Urkunden oder mündlich erklärt, ist aktienrechtlich nicht vorhanden.

Erklärt der Zeichnungsschein mehr, als das Gesetz verlangt (vergl. die beiden vorigen §§), so kann dieser weitere Inhalt des Scheines 1. zulässig und wirksam, 2. erlaubt und neutral, 3. verboten und zerstörend wirksam sein.

I. Zulässig und aktienrechtlich wirksam sind alle Angaben des Scheines, welche über das gesetzlich geforderte Mindestmass in der Kennzeichnung der fraglichen Aktiengesellschaft hinausgehen. So wird meist auf Grund eines ausführlichen Prospekts gezeichnet, ja es kann sogar das ganze Statut im Scheine enthalten oder als integrierender Bestandteil desselben in Bezug genommen sein [1]).

II. Erlaubt sind alle den Zeichner beschwerenden Abreden, die im Schein getroffen werden. So ist z. B. allgemein üblich die Bestimmung, dass der Zeichner den halben Schlussnotenstempel zu tragen hat; früher scheint man eine Provision versprochen zu haben [2]). Alle solche Abreden sind giltig; denn das Gesetz verbietet nur, dass der Zeichner seine Verpflichtung beschränke, nicht aber, dass er sie erweitere.

III. Anders verhält es sich mit allen Abreden, durch welche der Zeichner seine übernommenen Verpflichtungen beschränken würde. Aktienrechtlich unzulässig ist eine Klausel, durch die er seine Pflicht von einer Gegenleistung oder dem Eintritt einer Bedingung abhängig macht. Nur eine Beschränkung und Bedingung verträgt die Zeichnung: die erwähnte Ausschlussfrist. Alle anderen machen den Schein nichtig (H. G. B. § 189 Abs. 4, Satz 1, § 281 Abs. 2). Auch diese Nichtigkeit ist heilbar, ebenfalls durch das konkludente Verhalten des Zeichners und die trotz Nichtigkeit des Scheines erfolgte Eintragung durch das Gericht. Wird die Nichtigkeit aber geheilt, so lebt die nichtige Erklärung nicht wieder auf; der Zeichner bestätigt durch sein konkludentes Handeln nur seinen Zeichnungswillen, die unzulässigen zivilrechtlichen Nebenabreden bleiben nichtig. Ob und wodurch sie eventuell doch bestätigt werden

[1]) Lehmann S. 328.

[2]) Loewenfeld S. 109.

können, ist eine Frage des Zivilrechtes, welche die Aktienzeichnung nicht berührt.

IV. Aus dieser Betrachtung des Inhaltes der Zeichnungserklärung ergibt sich für die Erkenntnis des Wesens der Zeichnung folgende Ausbeute.

Die Zeichnung ist eine streng formelle Erklärung, da nur der Text derselben aktienrechtliche Geltung hat. Dieser Text und diese Erklärung selbst sind streng einseitig, da alle Erklärungen, welche neben der Pflicht des Zeichners auch Rechte statuieren könnten, bei Gefahr der Nichtigkeit der ganzen Erklärung unzulässig sind; der einzige zugelassene Vorbehalt, die Ausschlussfrist, begründet zunächst auch weniger ein Recht des Erklärenden, als vielmehr seine unbedingte Gebundenheit bis zum Ablauf der Frist.

§ 6.

Die Zeit der Erklärung.

Eine giltige Aktienzeichnung kann nur erfolgen zwischen folgenden zwei Zeitpunkten:

1. Es muss gezeichnet werden

a) auf neue Aktien einer bestehenden Gesellschaft nach dem Beschluss über die Erhöhung des Kapitals, da der Tag dieses Beschlusses in dem Zeichnungsschein enthalten sein muss (§ 281 Abs. 1, Ziff. 1),

b) auf Aktien einer neuen Gesellschaft nach Feststellung des Statuts (§ 189 Abs. 3, Ziff. 1) oder vielmehr genauer, nachdem es sich herausgestellt hat, dass die Gründer weder bei der Statutfeststellung, noch in einer Nachtragsverhandlung (§ 188 Abs. 2) alle Aktien übernommen haben (§ 189 Abs. 1).

2. Die Zeichnung

a) auf neue Aktien einer Gesellschaft muss geschehen sein vor Eintragung der Erhöhung (§ 284),

b) im Falle der Gründung muss erledigt sein nicht allein vor Eintragung der Gesellschaft oder vor der Errichtungsversammlung (§ 196), sondern bereits vor der ersten, sogenannten Wahl-Generalversammlung (§ 190 Abs. 2).

Hieraus ergibt sich, dass alle Zeichnungen, die vor dem Termin 1 und nach dem Termin 2 geschehen, aktienrechtlich nichtig sind. Den verfrühten muss ein Stück des formell notwendigen Inhalts fehlen, die verspäteten erledigen sich, da am Zeitpunkt 2 der

Zweck der Zeichnung erreicht ist[1]). Solche wegen unzeitiger Abgabe nichtige Zeichnungserklärungen können zivilrechtlich bedeutsam werden, wenn z. B. der Zeichner dolos veranlasst wurde, zur Unzeit zu zeichnen, oder auch, indem sie wenigstens seinen Wunsch, auf irgend eine Weise die Aktien zu erlangen, dokumentieren können, und im Notfalle als Kaufofferten aufrecht erhalten werden können (B. G. B. § 140). Auf dem besonderen Wege allerdings, auf dem man durch Zeichnung zum Aktionär wird, kann eine solche unzeitige Zeichnung ihm nicht zur Aktionärschaft verhelfen.

§ 7.

Der Empfänger der Zeichnungserklärung.

Regelmässig wird die Zeichnungserklärung nach einer Aufforderung seitens der Organe der Gesellschaft abgegeben. Rechtlich ist indessen eine solche Aufforderung überflüssig und für die Beurteilung der Zeichnung völlig gleichgiltig. Das Aktienrecht kennt keinerlei Einladung zur Zeichnung und, vom Bezugsrecht abgesehen, keine Zusage auf Berücksichtigung oder ein Recht auf Ausübung der Zeichnung. Rechtlich erfolgt die Zeichnung demnach vielleicht in Ausübung eines Rechts, aber immer spontan, hervorgerufen durch nichts als den freien Willen des Erklärenden.

Ausdrücklich nennt die Zeichnung ihren Adressaten nicht, gleichwohl kann der Empfänger der Zeichnungserklärung nicht zweifelhaft sein.

I. Gerichtet ist die Zeichnung auf neue Aktien einer bestehenden Gesellschaft an den Vorstand derselben. Es ist möglich und üblich, dass von demselben andere Personen (Zeichnungsstellen) zur Entgegennahme der Erklärungen bevollmächtigt sind; aber auch in diesem Falle ist der Vorstand der alleinige Adressat; die Zeichnungsstellen vermitteln ihm nur die Zustellung der Scheine.

Im Falle der Gründungszeichnung sind die Gründer die notwendigen Adressaten der Erklärung, wird sie doch abgegeben, noch bevor andere Personen zur Entgegennahme vorhanden sind. In der Tat ist auch nächst der Feststellung des Statuts diese Entgegennahme und Abfertigung der Zeichnungen die wichtigste Funktion der Gründer und als solche allgemein anerkannt. Lebhaft bestritten

[1]) Verfrühte Zeichnungen hält Adelmann trotz der dem heutigen Recht gleichlautenden Bestimmung des alten H. G. B. (Art. 209 e) für zulässig; and. Mein. Averbeck § 4. Die Frage, ob das Statut, auf Grund dessen gezeichnet wird, nichtig sein könne, dürfte jetzt zu verneinen sein, Pinner S. 10.

ist indes, ob ihnen für diese Funktion auch eine besondere Rechtsstellung zukommt.

Die älteste Theorie sah von einer solchen ab. Man nahm an, dass die Gründer alles, was sie während der Gründung tun, lediglich für sich persönlich tun; was sie vor Entstehung der Korporation erwerben, haben sie für sich erworben, für die Gründergesellschaft [1]). Nach dieser Ansicht müssen dann die im Gründungsstadium fundierten Rechte, welche später die Aktiengesellschaft haben soll, auf diese durch Zession übergehen; insbesondere waren Laband [2]) für gesetzliche, Hahn [3]) für ausdrückliche, Witte [4]) für fingierte Zession, Wiener [5]) und Adelmann [6]) für „einfachen gesetzlichen Übergang". Man übersah, dass mit zedierten Rechten notwendig auch die gegen den Abtretenden begründeten Einreden übergehen, eine Tatsache, die das Reichsgericht gelegentlich ignorierte, dann aber wieder zugab [7]). Selbst persönliche, aus anderen Tatsachen gegen die Gründer entstandene Einreden wären der Aktiengesellschaft gegenüber von Seiten der debitores cessi zulässig gewesen.

Dieselbe Erwägung spricht gegen eine zweite Theorie, welche annahm, dass die Gründer Promissare eines zu Gunsten der künftigen Gesellschaft geschlossenen Vertrages wären [8]). Damit war zwar eine Quasigründerstellung anerkannt; einer Zession zur Übertragung der Rechte bedurfte es nicht, da die Gesellschaft im Augenblick ihrer Entstehung berechtigt wurde. Die Frage der Einreden blieb aber ungelöst [9]).

Neuerdings hat man darum diese Auffassungen aufgegeben, ohne sich für etwas Greifbares zu entscheiden. Man spricht von „fiduciarischer Rechtsmacht, die der Gründerqualität immanent sei" [10]), oder von der „Machtvollkommenheit, die Lebensbedingungen des Vereins festzusetzen", welche merkwürdige Machtvollkommenheit beruhen könne „auf einem Vertrage der Gründer untereinander oder mit Dritten" [11]). Man nannte die Gründer Kreatoren, als ob mit

[1]) Ent. des R. G. Bd. 36, S. 111.
[2]) Goldschmidts Zeitschrift B. 7, S. 621.
[3]) S. 45.
[4]) Goldschmidts Zeitschrift Bd. 8, S. 24.
[5]) „ „ Bd. 24, S. 24.
[6]) S. 78, 79.
[7]) E. R. G. Bd. 9, S. 40; Bd. 45, S. 108, a. A. Bd. 36, S. 106.
[8]) Renaud, S. 242. Regelsberger, S. 56. Gierke, S. 124, Anm. 2. Gareis, Lehrbuch S. 301.
[9]) B. G. B. § 334, Hellwig S. 251.
[10]) Averbeck S. 30.
[11]) Cosack § 115 V. S. 613.

dieser Übersetzung etwas gesagt wäre, sogar Primitivkreatoren[1]), gelegentlich wieder Organe[2]). Auch das bedeutete nichts, „dass der Gründungswille den Willen der Aktiengesellschaft binde, welche den im Gründungsvertrage niedergelegten Willen der Gründer nicht von sich ablehnen dürfte“[3]).

Alle diese unbestimmten Äusserungen drängen zu einer Auffassung, welche von einer ganz aparten Gründerstellung absieht[4]) und sich für das einzige entscheidet, was nach den Theorien der Zession und des Vertrages zu Gunsten eines Dritten noch übrig bleibt, nämlich die Gründer wirklich als Organe anzuerkennen.

Eine werdende Körperschaft ist keine Sozietät, die nachher in eine Korporation umschlägt[5]). Sie entsteht als Körperschaft, wenn auch die Rechtsordnung aus praktischen Gründen ihr die Rechtsfähigkeit bis zur Erfüllung gewisser Formalitäten versagt, ihre Handlungsfähigkeit leugnet und ihre Rechtsverhältnisse unter Normen stellt, welche ihrer körperschaftlichen Natur ganz fremd sind[6]). Aus dieser ungleichen Behandlung der werdenden und der anerkannten Körperschaft folgt aber keineswegs, dass sie als etwas Anderes vom Gesetz aufgefasst sei. Vielmehr erkennt das Recht auch ein körperschaftliches Auflösungsstadium an und kann dementsprechend das Gründungsstadium, das Vorleben, als solches wohl unter seiner Natur fremde Grundsätze stellen, aber als Tatsache nicht aus der Welt schaffen[7]).

Als solche *werdende* juristische Person bedarf die Aktiengesellschaft, und zwar in weit höherem Masse als der werdende Mensch, der nasciturus, einer rechtlichen Fürsorge. Andererseits bedarf die *künftige* Gesellschaft schon *vor* ihrer rechtlichen Anerkennung einer Vertretung zur Begründung und Durchsetzung zahlreicher Rechtsverhältnisse. Hierher gehört vor allem die Feststellung der Satzung, in welcher die Lebensbedingungen der Körperschaft normiert werden. Hierher gehört aber weiter die Sammlung der Mitglieder des künftigen Vereins. Beides, die Feststellung des Statuts und der Mitglieder, sind Gründungshandlungen im eigentlichen

[1]) Averbeck S. 20.

[2]) Lehmann S. 353.

[3]) E. R. G. vom 21. Okt. 1896.

[4]) Eine solche nimmt Averbeck, Anm. 52 an.

[5]) Gierke S. 129, Anm. 2. Der letzte Versuch, die Gründung einer Korporation aus einer Reihe sich auf- und ablösender Sozietäten zu konstruieren, rührt von Adelmann her, der auch die Zeichnung für ein pactum de ineunda societate hält.

[6]) B. G. B. §§ 54 u. 21, H. G. B. § 200.

[7]) Gierke S. 24, 120 u. 886.

Wortsinne, beide müssen vor der rechtlichen Entstehung der Körperschaft vorgenommen werden.

Nun sind diese Gründungsakte beide körperschaftliche Handlungen. Das zeigt sich daran, dass Änderungen in diesen Beziehungen bei Bestehen der Körperschaft nur von dem höchsten Willensorgan derselben, der Mitgliederversammlung vorgenommen werden können, in weit höherem Masse aber als Änderung der Satzung ist ihre Feststellung eine körperschaftliche Handlung. Als Festsetzung von Privatpersonen für sich oder zu Gunsten eines Dritten ist das ein Lebenwesen schaffende und bindende Statut nicht denkbar. Nur dann kann der im Statut niedergelegte Wille die Körperschaft binden, wenn er Satzung, d. h. körperschaftlich festgesetzt ist.

Es sind demnach körperschaftliche Handlungen notwendig, noch bevor die Körperschaft rechtlich besteht, und für diese Handlungen ist eine Vertretung der handlungsunfähigen, künftigen Korporation schlechthin notwendig.

Nun bestellt das Gesetz zur Vornahme dieser körperschaftlichen Handlungen die Gründer, sie haben also vertretungsweise für die künftige Gesellschaft zu handeln, sind demgemäss die gesetzlich bestellten, wenn auch nicht ausdrücklich wie der Vorstand so bezeichneten Vertreter der werdenden Körperschaft. Ihre Vertretungsmacht ist indes dem Bedürfnis gemäss auf bestimmte Gründungstätigkeiten beschränkt und nicht wie die des Vorstandes eine allgemeine (H. G. B. § 231). Bei jeder Gründung gehört zu ihren Funktionen die Statutenfeststellung, bei der Successivgründung auch noch die Beschaffung der Aktionäre.

In dieser Rechtsstellung, als Organ der werdenden Aktiengesellschaft, nehmen die Gründer die Aktienzeichnungen entgegen. Wie die Erhöhungszeichnung an den Vorstand als an ein Organ, so richtet sich also auch die Gründungszeichnung an ein Organ der Gesellschaft.

II. Nehmen diese Organe die vom Zeichner angebotene Beteiligung an, so müssen sie, Gründer wie Vorstand, die Duplikate der Scheine, deren Zeichnungen berücksichtigt sind, dem Registergericht einreichen (H. G. B. § 195 Abs. 2, Ziffer 3, § 284 Abs. 2, Ziffer 1). Diese Einreichung ist ein unbedingter Zwang, obwohl die Ausfertigung der Zeichnung in zwei Exemplaren nicht unbedingt vorgeschrieben ist. Haben also die Gründer sich die Erklärung nur in einer Ausfertigung geben lassen, so werden sie, ohne selbst eine zurückbehalten zu können, diese einzige Ausfertigung dem Gericht

weitergeben müssen; die Einreichung einer, wenn auch beglaubigten Abschrift der Scheine genügt nicht. Die Zeichnung kommt also stets, sei es als Sola oder als Sekunda an das Gericht. Es entsteht nun die Frage, ob hierdurch das Registergericht ein Adressat des Duplikats, also ein Mitadressat der Zeichnungserklärung wird, oder ob ihm nur zur Kenntnisnahme die ausschliesslich an die Gesellschaftsorgane gerichtete Erklärung mitgeteilt wird.

Für die erstere Annahme kann man geltend machen, dass keine Abschrift, sondern eine Ausfertigung der Erklärung an das Gericht gelangt, sowie ferner, dass das Gericht durch den konstitutiven Eintrag für die im Schein nachgesuchte Aktionärschaft schöpferisch tätig ist und zwar dies in höherem Masse als die Organe der Gesellschaft, an die sich der Zeichner doch auch wendet, um von ihnen die Aufnahme nachzusuchen. Das Gericht — so könnte man sagen — das allein den im Schein geäusserten Wunsch des Zeichners, Aktionär zu werden, erfüllen kann (denn erst durch den Eintrag kann er es wirklich werden), erscheint mindestens ebenso berufen, diesen Wunsch vom Zeichner zu hören, als die Organe[1]). Gegen diese Annahme aber spricht vor allem das Gesetz selbst, das als Zweck der Einreichung der Duplikate bei Gericht ausdrücklich den Nachweis angibt, dass das Grundkapital voll gezeichnet sei (H. G. B. § 195 Abs. 2, Ziffer 3). Um diesen Nachweis zu führen, bedarf es freilich keiner an das Gericht adressierten Erklärung, sondern nur einer Vorlegung der für die Gesellschaft bestimmten Scheine. So hat auch das Gesetz in dem verwandten Fall des Eintritts in eine Genossenschaft (Gesetz § 15 Abs. 2) die Einreichung der Solaerklärung verlangt und bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Gesetz § 57 Abs. 3) die Einlieferung des Originals oder einer beglaubigten Abschrift freigestellt, weil es sich nur darum handelt, dem Gericht von seiten des Vorstandes die Erfüllung der für die Gründung bezw. Erweiterung solcher Verbandspersonen aufgestellten Normativbestimmungen nachzuweisen, nicht aber um an das Gericht adressierte Gesuche der einzelnen Aufnahmekandidaten.

Es kann also keine Rede davon sein, das Gericht als Adressat der Zeichnung aufzufassen. Dieselbe hat vielmehr nur eine Adresse, nämlich die Gesellschaftsorgane, die Gründer oder den Vorstand. Unzutreffend oder nichtssagend ist es demnach, wenn das Reichs-

[1]) Diese Auffassung, dass das Gericht Mitadressat der Zeichnung sei, hätte in der Frage der Anfechtung der Zeichnung eine wichtige Konsequenz, vergl. darüber § 18 der Arbeit.

gericht die Zeichnung „eine Erklärung zum Handelsregister“ nennt [1]). Davon, dass die Zeichnung gar den Gläubigern der Gesellschaft oder dem Verkehr gegenüber erklärt sei, kann nun vollends keine Rede sein [2]). Der Zeichner denkt gar nicht daran, den Gläubigern etwas zu erklären. Er will Aktionär werden und dazu können ihn die Gläubiger nicht machen. Zugegeben, dass das Register mit allen seinen Akten im Interesse der Gläubiger und der Sicherheit des Verkehres da ist, so sind deshalb die Erklärungen, die zu den Akten kommen, noch nicht den Gläubigern gegenüber erklärt. Dies mag für eine Genossenschaft zutreffen, wenn die Genossen den Gläubigern unmittelbar haften [3]); bei der Aktiengesellschaft steht aber stets die Gesellschaft zwischen den Mitgliedern und den Gläubigern. Wollten also selbst die Zeichner den Gläubigern der Gesellschaft etwas erklären, so könnten diese doch mit der Erklärung nichts anfangen; ihnen werden die Zeichner direkt nie etwas schuldig. Künftige Gläubiger einer künftigen Gesellschaft sind endlich, ebenso wie der Verkehr, eine recht problematische Adresse für die Zeichnung.

Es können hiernach noch weniger als das Gericht die Gläubiger oder der Verkehr als Adresse anerkannt werden, vielmehr sind nur die Organe der Gesellschaft als solche zu betrachten.

Mit dieser Feststellung von Form, Inhalt, Zeit und Adressat der Zeichnung ist die Untersuchung der Zeichnung als Erklärung beendet. Es gilt nun zu ermitteln, welche rechtliche Funktion dieser Erklärung zukommt.

Zweites Kapitel.

Die Zeichnung als Einwilligung in die Aufnahme.

§ 8.

Der Eintritt in eine Aktiengesellschaft.

Die Zeichnung als Erklärung besagte im wesentlichen, dass der Zeichner gewillt sei, bei einer bestimmten Aktiengesellschaft in bestimmtem Umfange als Aktionär beteiligt zu werden, dass er also als Mitglied in die Gesellschaft eintreten wolle (§ 3 der Arbeit). Darüber, auf welchem Wege diese Aktionärschaft mittels der Zeichnung angestrebt wird, sagt, wie bereits oben bemerkt, der Schein nichts.

[1]) E. R. G. Bd. 9 S. 40.
[2]) E. R. G. Bd. 2 S. 130 und Bd. 19 S. 126.
[3]) Genossenschaftsgesetz § 2 Zahl 1, E. R. G. Bd. 45 S. 106.

Man kann daher zunächst an den normalen Weg denken, auf dem man zu Aktien und demzufolge auch zur Mitgliedschaft einer Aktiengesellschaft kommt, nämlich an den Kauf der Aktien. In der Tat ist denn auch die Zeichnung als Aktienkauf oder wenigstens als Offerte zu einem solchen aufgefasst worden[1]). Nun lässt sich freilich in den meisten Fällen auch annehmen, dass den Wünschen des Zeichners damit vollkommen gedient würde, wenn er die Mitgliederstellen durch Kauf der Aktien erwürbe, da es ihm meist nur darum zu tun sein wird, überhaupt welche zu bekommen. Den Bedürfnissen der Gesellschaft und des Gesetzes würde eine solche Auffassung der Zeichnung als Kauf oder als auf einen Kauf abzielend jedoch nicht gerecht.

Es besteht nämlich ein besonderes, in aktienrechtlichen Bestimmungen begründetes Bedürfnis, die fraglichen zur Subskription aufgelegten Aktien, durch deren Erwerb der Zeichner Mitglied werden will, nicht im sonst gegebenen Wege des Verkaufs unterzubringen, ein Bedürfnis, welchem die Zeichnung zu dienen bestimmt ist, die daher selbst nicht Kauf oder Offerte zu einem solchen sein kann.

Es ist ein Grundsatz des deutschen Aktienrechts[2]), dass eine Aktiengesellschaft nur dann existent bez. grösser werden kann, wenn die Aufbringung des Kapitals bez. die Übereignung der einzubringenden, nicht in Geld bestehenden Vermögenswerte gesichert ist. Es ist nicht, wie nach englischem Recht, zulässig, eine mit bestimmtem Kapital in Aussicht genommene Gesellschaft eintragen zu lassen und deren Aktien dann bei gelegener Zeit durch die Gesellschaft erstmalig zu verkaufen. Hier werden die Mitgliederstellen zunächst nur auf dem Papier der Aktienurkunden geschaffen, denn die Mitgliedschaft, die ihnen entspricht, ruht, solange die Gesellschaft noch ihre eigenen Aktien hat; erst wenn alle ausgegeben sind, fängt die Gesellschaft in dem bei ihrer Gründung in Aussicht genommenen Umfang an zu existieren[3]).

Das deutsche Recht verlangt dagegen die Aufbringung des Kapitals oder des sonstigen Gegenwerts der Aktien vor Eintragung und Existenz der Gesellschaft. Dasselbe gilt für die Erhöhung des Kapitals.

[1]) Vergl. z. B. Auerbach, das Gesellschaftswesen S. 230, folgende.

[2]) Über das englische Recht vergl. Loewenfeld S. 88 und Lehmann S. 380 Anm. 4.

[3]) Ganz anders liegt es natürlich, wenn die Gesellschaft eine Anleihe noch nicht begeben hat; dann ist sie Gläubigerin und Schuldnerin zugleich. Verein und Mitglied zugleich kann sie jedoch nicht sein.

Nun ist aber diese vom deutschen Rechte geforderte Aufbringung des Kapitals, mag dasselbe bar eingezahlt oder in anderen Vermögenswerten eingebracht werden, identisch mit der Unterbringung der Aktien. Vor Entstehung bez. Vergrösserung der Aktiengesellschaft, also auch vor rechtlicher Entstehung aller bez. der neuen Mitgliederstellen muss die Aufbringung des Kapitals durch die künftigen Aktionäre gewährleistet sein, müssen also auch für die neuen Mitgliederstellen schon die künftigen Inhaber, die Aktionäre, gefunden sein. Dieser vor der Eintragung zu findende und bis zu ihr nur präsumtive Inhaber der Mitgliederstellen besitzt dieselbe von dem Moment ihrer Entstehung an. In seiner Person wird diese Mitgliedschaft geschaffen. Er erhält sie zunächst vereinsrechtlich, das heisst von der Gesellschaft, durch Vermittlung ihrer Organe; dann aktienrechtlich von derselben Stelle, von der auch die Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit hernimmt, vom Staate, der durch den konstitutiven Eintrag des Registerrichters die Gesellschaft als bestehende bez. als vergrösserte Verbandsperson schafft.

Diese hierbei entstehenden Mitgliederstellen werden kreiert, nicht übertragen. Weder die Gesellschaft, noch gar der Staat besitzt sie vorher. Sie werden auch nicht auf dem Papier kreiert, denn es ist unlogisch, Mitgliedschaften zu schaffen, bevor Mitglieder vorhanden sind. Vielmehr werden sie in den bestimmten Personen der präsumtiven Aktionäre geschaffen.

Diese von der Gesellschaft ausgehende erstmalige Ausgabe der Aktionärstellen kann demnach kein Kauf oder sonst ein Übertragungsgeschäft sein. Ein solches setzt immer voraus, dass die übertragenen Rechte oder Sachen vor der Übertragung vorhanden sind. Wäre diese Unterbringung neuer Mitgliederstellen ein Kauf, so würde bei diesem seltsamen Kauf der Abschluss des Vertrages, die Entstehung der Kaufsache und deren Übergabe in einen Moment zusammenfallen. Es wäre das gleiche, als wenn ein Arzt seinen Patienten eine herzustellende Gesundheit verkaufen wollte. — Selbstverständlich kann das einmal kreierte Mitgliedschaftsrecht, sofern es übertragbar ist, Gegenstand eines Kaufs werden; gerade bei der Aktiengesellschaft als einer kapitalistischen Vermögensassoziation ist ja der Wechsel der Mitglieder unendlich häufig. Es kann sogar die Gesellschaft ihre eigenen Aktien kaufen und verkaufen, wenn sie es auch nach § 226 H. G. B. regelmässig nicht soll. Nur die Kreation derselben kann sie nicht in Form eines Kaufs vollziehen [1]).

[1]) Abweichend Renaud § 46 S. 430

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Gesellschaft vor dem staatlichen Schöpfungsakt, der auch die neuen Mitgliederstellen rechtlich ins Leben ruft, diese Stellen an bestimmte Mitglieder vergeben muss. Diese Vergebung ist keine Übertragung bestehender, sondern die Neuschöpfung der durch die Eintragung endgiltig entstehender Mitgliedschaftsrechte.

Dies ist das Bedürfnis, dem die Zeichnung dienen soll. Sie kann daher auf kein Übertragungsgeschäft wie den Kauf gerichtet sein, sondern bezweckt vielmehr die Schöpfung der zu kreierenden Mitgliederstellen.

Dass die Zeichnung diesem Bedürfnis dienen soll, findet seinen Ausdruck in der Tatsache, dass sie nur zwischen zwei fest bestimmten Terminen erfolgen kann (§ 6 der Arbeit). Es muss also im ersten Zeitpunkt das Bedürfnis, im zweiten aber die Überflüssigkeit der Zeichnung entstanden sein. Notwendig ist daher die Gründungszeichnung, wenn die Gründer weder bei der Statutfeststellung noch in einer Nachtragsverhandlung alle Aktien übernommen haben. Notwendig ist ferner die Erhöhungszeichnung in jedem Fall, da hier keine Gründer oder andere Personen existieren, die gleich in dem Beschluss über die Schaffung der neuen Stellen auch dieselben übernehmen können. Andererseits erübrigt sich die Zeichnung, wenn die Stellen verteilt sind, vollends dann, wenn die Verteilung eingetragen ist.

Hiermit ist der vom Zeichner angestrebte Eintritt in den Aktienverein bestimmt als ein originärer, abweichend von dem ganz alltäglichen des derivativen Erwerbs der Aktien. Er ist zugleich Erwerb und Schöpfung, während der Aktienkauf Erwerb geschaffener Aktionärstellen ist. Er ist bei der Aktiengesellschaft gegenüber dem Kauf der bei weitem seltenere Fall, während bei anderen Vereinsformen der originäre, unmittelbare Eintritt durchaus überwiegt.

Die Zeichnung ist sonach nichts anderes als der aktienrechtliche Spezialfall des originären Eintritts in eine Verbandsperson; es erscheint daher angebracht, bei den anderen, namentlich den handelsrechtlichen, der Aktiengesellschaft verwandten Körperschaftsformen die Erscheinung des originären Eintritts zu untersuchen, bevor wir daran gehen, den durch die Zeichnung angestrebten Eintritt und das juristische Wesen der Zeichnung selbst festzustellen.

§ 9.
Der Eintritt in eine Verbandsperson.

I. Wie bemerkt, vollzieht sich allgemein der Eintritt in eine Körperschaft und im vorliegenden Ausnahmefall auch bei der

Aktiengesellschaft originär, d. h. in der Weise, dass das neue Mitglied zu den vorhandenen hinzu, nicht aber an die Stelle von ausscheidenden tritt.

1. So geschieht es zunächst bei der einfachsten Verbandsform, dem eingetragenen Verein. Da die Mitgliedschaft prinzipiell nicht übertragbar ist (§ 38 B. G. B.), so müssen neue Mitglieder stets zu den alten hinzutreten. Wie indes eine solche Aufnahme sich vollzieht, sagt das Gesetz nicht, es stellt es der Satzung anheim, hierüber Bestimmungen zu treffen (§ 58).

2. Mehr Aufschluss gibt das Genossenschaftsgesetz. Der Erwerb der Mitgliedschaft erfolgt dort durch Eintragung (§ 15 Abs. 3 des Gen.-Ges.) einer vom Vorstand der Genossenschaft zugelassenen (Abs. 2) unbedingten Beitrittserklärung des Kandidaten (Abs. 1), also in drei Phasen: Erklärung des Kandidaten, Zulassung und Einreichung derselben durch den Vorstand, Eintragung des Aufgenommenen als Genosse auf Grund der eingereichten Erklärung.

Dieser Weg des Eintritts ist zulässig, sowohl bei Bestehen der Genossenschaft, als auch schon im Gründungsstadium; notwendig ist nur, dass das Statut zum Genossenschaftsregister angemeldet ist. Vor dieser Anmeldung wird sich der Eintritt durch Mitwirkung bei der Feststellung des Statuts oder aber durch Unterzeichnung desselben und Aufnahme in die einzureichende Liste der Genossen vollziehen (§ 11 Abs. 2). Es kann also der Eintritt in eine Genossenschaft in jedem Stadium des Bestehens oder der Gründung geschehen, wie bei der Aktiengesellschaft auch, also ebenfalls dem Eintritt während der Successivgründung vergleichbar.

3. Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann dagegen nur simultan gegründet werden; eine Aufnahme neuer Gesellschafter ist daher nur bei Bestehen der Gesellschaft möglich. Sie vollzieht sich ganz genau in derselben Weise wie bei der Genossenschaft.

Jeder Gesellschafter muss eine Stammeinlage übernehmen. Aufnahme eines Gesellschafters ist also identisch mit Übernahme einer neuen Einlage durch einen Gesellschafter. Der Aufzunehmende muss demnach erklären, eine Einlage übernehmen zu wollen (§ 55 Abs. 1 d. G.) Diese Erklärung muss von seiten der Gesellschaft zugelassen (Abs. 2) und vom Registergericht eingetragen werden (§ 54 Abs. 3). Es handeln demgemäss wie bei der Genossenschaft zunächst der Aufnahmekandidat, dann die Körperschaft und endlich, konstitutiv, auch das Gericht.

II. Es fragt sich nun, wie diese drei Akte rechtlich aufzufassen sind.

1. Der staatliche Akt des Registergerichts wirkt in beiden Fällen für die Entstehung der Mitgliedschaft, nach dem übereinstimmenden Ausdruck des Gesetzes konstitutiv, d. h. schöpferisch. Indessen kann der Staat eine Mitgliedschaft nur insoweit schaffen, als er auch rechtsfähige Körperschaften ins Leben ruft. Nun kann er nur entstandene Verbandspersonen mit Rechtspersönlichkeit ausstatten, die Schöpfung derselben aber ist eine reine Tatfrage, wenn man nicht mit der romanistischen Theorie annimmt, dass sie eine juristische Fiktion sei. Diese Schöpfung aber muss er den Mitgliedern überlassen[1]). Der staatliche Rechtsakt oder Rechtssatz kann sie wohl unter bestimmte Rechtsnormen stellen, aber sie nicht aus dem Nichts herausschaffen[2]). Die Eintragung hat daher nicht schlechthin für die Existenz einer Verbandsperson konstitutive Bedeutung, sondern nur für die Entstehung einer, bestimmten Rechtsvorschriften unterliegenden, rechtsfähigen Person[3]); Voraussetzung für den Eintragungsakt ist stets, dass eine reale Verbandsperson bestehe, nur sie kann durch die Eintragung zu einer juristischen Verbandsperson gemacht werden. Dementsprechend trägt das Gericht auch nur errichtete Verbandspersonen ein (B. G. B. 21, H. G. B. 188 Abs. 1; § 196).

Der Eintragung hat die wirkliche Errichtung in dem vorgesehenen Umfange vorauszugehen (§ 8 der Arbeit). Der Eintrag des Registerrichters ist daher wohl für die Entstehung der Gesellschaft als rechtsfähiger Verbandsperson konstitutiv, deklariert aber zugleich, dass eine reale Verbandsperson besteht[4]).

Ebenso muss der durch den Eintrag zu schaffenden Mitgliedschaft einer Rechtsperson eine reale, tatsächliche Gliedschaft einer Verbandsperson entsprechen, und muss vor ihr entstanden sein. Eine solche kann der Staat ebensowenig ins Leben setzen, wie einen Verein. Sie kann vielmehr auch nur entstehen durch Handlungen der Beteiligten, d. h. der Verbandspersonen und des Aufzunehmenden. Sie hervorzubringen, ist der Zweck der beiden anderen Akte, des Aufnahmegesuchs und der Inkorporierungserklärung.

2. Zunächst gibt der Aufnahmekandidat seine unbedingte Beitrittserklärung ab. Sie enthält im wesentlichen nichts als den

[1]) Vergl. E. R. G. Bd. 39 S. 29: schon vor Eintragung bestehe nach Feststellung des Statuts eine Genossenschaft, freilich eine solche, welche von dem in § 1 d. G. gegebenen Rechte, durch Eintragung rechtsfähig zu werden, keinen Gebrauch gemacht habe und diesem Gesetze also auch noch nicht unterliege.

[2]) Vergl. Gierke, Gen.-Theorie S. 118 flg.

[3]) Neukamp, Ges. betr. die G. m. b. H. S. 21

[4]) Gierke a. a. O.

Ausdruck der Bereitwilligkeit, Mitglied zu werden. Man mag sie Aufnahmegesuch nennen[1]), obwohl rechtlich nicht die Bitte, das Gesuch, sondern die Bereitwilligkeit, die vorherige Unterwerfung unter das Statut und die Übernahme der Mitgliederpflichten die Hauptsache ist. Sind diese für die einzelnen Mitglieder verschieden gross, so muss die Beitrittserklärung den Umfang der zu übernehmenden Mitgliedschaft enthalten, also bei der G. m. b. H. die Höhe des Geschäftsanteiles. (Bei der Aktiengesellschaft fanden wir, dass ganz dementsprechend die Zahl der Aktien in der Erklärung angegeben sein muss, § 3 der Arbeit.)

3. Dass diese Erklärung der Bereitwilligkeit des Aufzunehmenden keine Mitgliedschaft erzeugen kann, leuchtet ein; ein Akt der Verbandsperson muss hinzukommen, um den Eintrittslustigen aufzunehmen. Andererseits kann diese Aufnahme nicht selbstherrlich, bloss durch einen Akt der Verbandsperson, vorgenommen werden; sie setzt voraus, dass der Kandidat seine vorherige Zustimmung, seine Einwilligung erklärt habe. So wirken Beitrittserklärung und Aufnahmeakt zusammen, um den Eintritt zu vollziehen. Entscheidend für die Entstehung der Mitgliedschaft ist nicht die Einwilligung des Kandidaten, sondern die Erklärung der Verbandsperson; durch sie wird unmittelbar die Aufnahme vollzogen, sofern nur vorher die Bereitwilligksit, aufgenommen zu werden, erklärt ist.

Die Aufnahme selbst ist eine körperschaftliche Handlung und wird ausgeübt von dem Organ der Verbandsperson. Sie erfolgt durch einen Willensakt, welcher der Kundgebung an den Aufzunehmenden bedarf. Ob die Körperschaft besteht oder noch im Werden ist, macht im allgemeinen keinen Unterschied, letzterenfalls muss freilich das Gesetz präsumtive Organe mit dem Vollzuge dieser körperschaftlichen Handlungen betrauen. Als derartige Organe sind oben, § 7 der Arbeit, die Gründer einer Aktiengesellschaft aufgefasst worden.

Die Erklärung des Aufzunehmenden, seine Einwilligung muss in den untersuchten Fällen, wie es auch der Natur der Sachen entspricht, dem Aufnahmeakt der Verbandsperson vorausgehen. Unzulässig ist demnach eine unter der Bedingung nachfolgender Genehmigung seitens des Aufgenommenen ausgesprochene Aufnahme.

III. Das Verhältnis der beiden Akte des Kandidaten und der Verbandsperson zu einander kann nicht als das zwischen einer Vertragsofferte und der Annahme derselben bestehende aufgefasst werden.

[1]) Averbeck S. 27.

Schon die eben berührte festbestimmte Reihenfolge derselben spricht gegen diese Annahme, welche in den Motiven zum Genossenschaftsgesetz[1]) erscheint. Dort begegnen wir der Auffassung, dass die Beitrittserklärung eine Offerte und der Akt des Vereins deren Annahme sei, dass demnach die Aufnahme durch einen Vertrag zwischen dem Kandidaten und dem Verein vollzogen werde.

Die feste Reihenfolge widerspricht aber der allgemeinen Regel, dass es beim Abschluss eines Vertrages gleichgiltig ist, welcher Kontrahent den Vertragsantrag stellt und welcher annimmt. Ganz unvereinbar mit der Vertragsauffassung ist aber die Tatsache, dass unter Umständen die Körperschaft verpflichtet sein kann, den angebotenen Beitritt zuzulassen. In solchem Falle wäre die Annahme der Vertragsofferte erzwingbar, was offenbar dem Wesen eines Vertrages widerspricht, der durch einen freien Antrag und eine ebenfalls freie Annahme desselben eine gemeinsame Willensbindung zu Stande bringen soll[2]).

Nicht ein Vertrag, sondern ein einseitiger Akt ist die Aufnahme, ein Akt der Verbandsperson, welcher, um wirksam zu sein, die vorher erklärte Einwilligung des Aufzunehmenden zur Voraussetzung hat. Beide Erklärungen vollbringen zwar eine gemeinsame Wirkung, sind aber begrifflich durchaus selbständig und fliessen nicht in eins zusammen, wie Offerte und Akzept zum Vertrage.

Die Bedeutung, welche der Eintragung für die Aufnahme und die Entstehung der Mitgliedschaft zukommt, und ihr Verhältnis zu der Erklärung des Aufzunehmenden und dem Inkorporierungsakt des Vereins, ist schon oben unter II, 1 erörtert worden.

§ 10.
Die Aktienzeichnung als Erklärung der Einwilligung in den Aufnahmeakt.

I. Dieser soeben untersuchte Vorgang des originären Eintritts in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung und eine eingetragene bezw. einzutragende Genossenschaft hat nun noch einen dritten Parallelfall, nämlich den originären Eintritt in eine Aktiengesellschaft. Alle drei Fälle beruhen auf denselben Voraussetzungen und vollziehen sich im Grunde in der gleichen Weise; sie sind alle nur Erscheinungsformen des einen nämlichen genossenschaftlichen Problems des

[1]) Drucksachen des Reichstags, 1888/89, 4. Band, 1 Anlageband, Seite 216.

[2]) Dieser Aufnahmevertrag ist eine ebenso unlogische Konstruktion wie der Vertrag der Einigung B. G. B. 873, 925 oder der Wandlung B. G. B. 465, dessen Abschluss event. erzwingbar ist.

Eintritts in die Verbandsperson mittels Aufnahme durch einen Akt derselben, also durch Übertragung der Mitgliedschaft von seiten des Vereins und nicht von seiten eines anderen ausscheidenden Mitglieds.

II. Die Voraussetznngen für den originären Eintritt in die Aktiengesellschaft sind oben (§ 8) ausführlich entwickelt worden, sie bestehen kurz in folgendem:

Die Gesellschaft muss ihre neuen Aktien vor der Eintragung vergeben haben und kann dies nur tun, indem sie die neuen Mitgliederstellen in den Personen der künftigen Erstaktionäre schafft, nicht aber im Wege des Verkaufs.

Dieselben Bedingungen fanden sich bei der G. m. b. H. bezüglich der Übernahme einer neuen Stammeinlage und bei der Genossenschaft bezüglich des Eintritts eines Genossen. Eine Untersuchung des Aufnahmevorganges in diesen Fällen ergab, dass er aus zwei Akten bestehe, einem des Aufzunehmenden, indem er seine Bereitwilligkeit, Mitglied zu werden, der Verbandsperson kundgibt, und einem der Verbandsperson selbst, indem sie auf Grund dieser Erklärung den Eintrittslustigen inkorporiert. Es ergab sich ferner, dass hierzu noch die konstitutiv und deklaratorisch zugleich wirkende Eintragung seitens des Registergerichtes hinzutritt (§ 9).

III. Was diesen Vorgängen gemeinsam und an ihnen für den Vorgang des Eintritts in einen Verein typisch ist, was also die allgemeine Erscheinung des Körperschaftsrechts bildet, nämlich diese beiden Akte des künftigen Mitgliedes und der Verbandsperson, aus denen die Mitgliedschaft entstehen soll, — findet sich nun auch bei der Aktiengesellschaft wieder. Gerade der originäre Eintritt in dieselbe, der als Ziel der Aktienzeichnung erschien und der sich nicht durch einen Kauf der Aktien vollziehen kann, ist die aktienrechtliche Form der vorhin bei den der Aktiengesellschaft verwandten Gesellschaften beobachteten Vorgänge. Auch hier vollzieht sich der Eintritt neuer Mitglieder durch einen Inkorporierungsakt der Gesellschaft. Die zu dessen Wirksamkeit erforderliche Einwilligungserklärung des in die Gesellschaft Aufzunehmenden ist die Aktienzeichnung, und zwar ist dies das Wesen der Zeichnung in ihren beiden Erscheinungsformen als Gründungs- wie als Erhöhungszeichnung. In dieser Wesensbestimmung der Zeichnung finden die bisher gewonnenen Resultate ihre Lösung.

1. Darin, dass die Zeichnung nur zwischen fest bestimmten Terminen am Platze und zeitgemäss ist, kommt zum Ausdruck, dass sie

dem in dem ersteren Zeitpunkte entstandenen Bedürfnis dienen soll (§§ 6 und 8). Dies Bedürfnis ist Inkorporierung neuer Mitglieder, sei es darum, weil die Aktiengesellschaft ihren Umfang und damit ihre Mitgliederzahl erweitern will (Erhöhungszeichnung), oder darum, weil die dem in Aussicht genommenen Anfangsumfang entsprechende Mitgliederzahl noch nicht erreicht ist (Gründungszeichnung). Hat man die Mitglieder gefunden, so ist für die Zeichnung kein Bedarf mehr. Hat man sie daher wie bei der Gleichgründung von Anfang an vollzählig beisammen, so braucht man gar keine Zeichnung.

2. Dem Bedürfnis der Gesellschaft, Mitglieder zu finden, kommt die Bereitwilligkeit des Zeichners entgegen, es zu werden. Diese Bereitwilligkeit zum Ausdruck zu bringen, ist der wesentliche Sinn und der alleinige Zweck der ganzen Zeichnungserklärung. Der einzige unbedingt erforderliche Inhalt derselben ist daher die Kundgabe dieser Bereitwilligkeit, an der Gesellschaft als Aktionär beteiligt zu werden (§ 3). Dies ist für die Aktiengesellschaft genau dasselbe, was, wie wir sahen, der aufzunehmende Genosse und der zukünftige Gesellschafter der G. m. b. H. auch erklärt; nur tritt an die Stelle der Höhe der Stammeinlage die Zahl der Aktien [1]).

3. Diese Bereitwilligkeitserklärung gibt der Zeichner den Gründern bez. den Vorständen der Gesellschaft gegenüber ab. Beide handeln dabei als Organe, nicht aber für sich oder auch zu Gunsten der Gesellschaft. Dass bei der Gründung selbst die Gesellschaft noch gar nicht vorhanden ist, kann die Bedeutung der Erklärung nicht beeinträchtigen. Es genügt, dass für die Korporation schon vor ihrer Errichtung gehandelt werden kann, dass also die für die Gesellschaft gesuchten Mitglieder bereits ein Organ derselben vorfinden, dem sie ihren Eintrittswunsch kundgeben können, und welches seinerseits das zur Aufnahme Nötige veranlassen kann. Dass diese Bedingungen nicht nur vom Vorstand der bestehenden, sondern gleichermassen auch bezüglich der Gründer der werdenden Gesellschaft erfüllt sind, dass eben beide Organe sind, ist oben § 7 gezeigt.

4. Der Zeichner, der sich solchermassen durch Vermittlung der Organe an die Gesellschaft wendet, kann ihre Aktien, was an sich doch denkbar wäre, nicht von ihr kaufen wollen. Die Gesellschaft soll sie erstmalig ausgeben, und so kann er nur Erstaktionär werden (§ 8). Er erstrebt sonach nicht die Mitgliedschaft auf Grund von Aktien, die ein anderer bereits gehabt und eingezahlt hat und dem er im wesentlichen nur Mitgliedsrechte abkauft, nachdem der vor-

[1]) Das Gen.-Ges. verlangt die entsprechenden genaueren Angaben §§ 120 und 127.

nehmsten Pflicht (§ 211) bereits von einem anderen genügt ist; vielmehr hat er als erster Träger des Rechts einst selbst den Beitrag zu leisten. Darum erkennt er in seiner Bereitwilligkeitserklärung bereits implicite die Mitgliederpflichten an. Er unterwirft sich dem Statut, dessen wesentliche Bestimmungen der Schein enthalten muss (§ 4), insbesondere auch schon dem Majoritätsbeschluss der Errichtungsversammlung bei der Gründung[1]). Dass gleichwohl seine Erklärung keine bedingte Übernahme der Pflichten ist, dass diese im Gegenteil erst aus der geschehenen Inkorporierung und nicht aus der blossen Erklärung der Bereitwilligkeit, inkorporiert zu werden, sich ergeben, wird noch zu erörtern sein.

5. Der Zeichner will und kann mit der Gesellschaft keinen Vertrag über die Aktionärschaft abschliessen und seine Erklärung ist nicht die Einwilligung darin, Aktien zu kaufen, sondern zum Aktionär gemacht zu werden. Demnach muss er, als hätte er eine Offerte gemacht, warten und der Gesellschaft die Entschliessung überlassen, ob sie ihn aufnehmen will oder nicht. Seine Erklärung muss zu diesem Zweck eine Zeit lang unwiderruflich sein (§ 4). Sie kann ferner nur ihn allein binden (§ 5), da aus der Bekanntgabe seines Aufnahmewunsches naturgemäss nur er verpflichtet und nicht durch seine einseitige Erklärung berechtigt sein kann. Er kann endlich seine Erklärung nur unbedingt und ohne wirksame Klauseln abgeben, da er auch nur unbedingt Mitglied werden kann, ebenso wie eine Körperschaft selbst nicht unter einer Bedingung entstehen könnte[2]).

IV. Diese Wesensbestimmung der Zeichnung als Erklärung der Einwilligung darin, dass der Zeichner in einer noch genauer zu untersuchenden Weise von der Gesellschaft zum Aktionär gemacht werde, wird, wie nochmals hervorgehoben sei, ihren beiden Anwendungsfällen gerecht. In der Konstruktion des weiteren Verlaufs der Aufnahme des Zeichners in die Gesellschaft wird diese Auffassung zu Grunde zu legen sein. Namentlich ist, nachdem die Zeichnung als Einwilligung in die Aufnahme dargestellt ist, der Aufnahmeakt selbst, durch den die Gesellschaft auf Grund der Zeichnung die Inkorporierung vornehmen soll, nachzuweisen[3]).

---

[1]) Staub, Komm. S. 584.

[2]) E. R. G. Bd. 2 S. 130.

[3]) Bezüglich der zahlreichen, über das Problem der Zeichnung aufgestellten Theorien sei auf die kurze Übersicht bei Lehmann S. 346 flg. sowie auf die ausführliche Darstellung und Kritik bei Adelmann §§ 8 und 9, wozu als Ergänzung Averbeck § 14 flg. kommt, verwiesen.

Drittes Kapitel.

Die Wirkungen der Zeichnung.

§ 11.

Übersicht.

Als Einwilligungserklärung, gemäss den näheren Angaben des Scheines durch Akt der Gesellschaft zum Mitglied derselben gemacht zu werden, muss die Zeichnung folgende Wirkungen haben:

1. Zunächst kann der Zeichner keine Rechte erwerben, ausgenommen, wenn er etwa durch Ausübung der Zeichnung sich einen aktienrechtlichen Anspruch sichert (§ 15 der Arbeit). Vielmehr muss unbedingt und unmittelbar der Zeichner als Aussteller der Erklärung vorerst abwarten, ob er zum Aktionär gemacht werde oder nicht. Er ist also gebunden, wie man an einen Vertragsantrag oder an eine Auslobungserklärung gebunden ist.

2. Äussert sich die Gesellschaft ablehnend, so erledigt sich damit die Zeichnung und auch ihre erste Wirkung, die Gebundenheit. Nimmt aber die Gesellschaft die angebotene Beteiligung an, so muss durch den Annahmeakt unmittelbar der Zeichner zum Mitglied werden. Denn es besteht, wie bereits § 9 ausgeführt, die Aufnahme nur aus Einwilligung und Verleihung. Erfolgt letztere auf Grund und im Umfange der Einwilligung, so wird mit dem Augenblick der Verleihungserklärung der Gesuchssteller zum Verbandsmitglied. Es ist auch gar nicht einzusehen, was ihm noch dazu fehlen sollte; der Eintrag seiner Mitgliedschaft bedeutet ja nicht ihre Schöpfung, sondern nur ihre Umschaffung zur Mitgliedschaft einer nunmehr entstandenen juristischen Person.

Die zweite Wirkung der Zeichnung wird also die sein, dass die durch die Organe der Gesellschaft erklärte Aufnahme den Zeichner ohne weiteres zum Aktionär macht. Diese zweite Wirkung der Zeichnung tritt aber nicht wie die erste unbedingt ein, sondern setzt den Aufnahmeakt voraus und geht ferner in dessen Wirkung auf. Sie äussert sich mit ihr zusammen, indem eben die Inkorporierungserklärung nur darum ohne weiteres den Zeichner zum Mitglied machen kann, weil seine Einwilligung dazu schon vorher erklärt ist.

Diese beiden aus dem Wesen der Zeichnung als Einwilligungserklärung a priori abgeleiteten Folgen sind nun im einzelnen als gesetzmässige Wirkungen der Zeichnung nachzuweisen.

§ 12.

Die Gebundenheit.

1. Die erste Wirkung der Zeichnung rührt her von der ihr beigefügten Präklusivfrist (§ 4, II.). Bis zum Ablauf dieser Frist ist der Zeichner an seine Erklärung gebunden. Inhalt dieser Gebundenheit ist der Ausschluss des Widerrufs (Planck, B. G. B. § 145, Anm. 3).

2. Gebunden ist der Zeichner nur der Gesellschaft gegenüber. Die Bindung entsteht im Augenblick, indem die Zeichnung ihr zugeht, da sie eine empfangsbedürftige Erklärung ist (B. G. B. § 130).

3. Die Gebundenheit dauert bis zum Ablauf der Präklusivfrist. Bis dahin muss der Zeichner sich gefallen lassen, zum Mitglied gemacht zu werden; er kann nicht mit Rücksicht darauf, dass innerhalb der Frist die Errichtung bez. Eintragung der Erhöhung unmöglich sei, die Aufnahme ablehnen, sondern er wird auch in einem Falle offenbarer Unmöglichkeit der Eintragung zunächst doch noch Mitglied. Erfolgt aber die Errichtung bezw. die Eintragung nicht mehr rechtzeitig, so fällt seine Mitgliedschaft mit Ausfall der Bedingung zusammen (B. G. B. § 158 Abs. 2). Diese Nichtigkeit derselben kann der Zeichner dann durch negative Feststellungsklage oder einredeweise geltend machen; er kann sie aber auch durch konkludentes Handeln heilen (vergl. oben § 4).

4. Die Gebundenheit erlischt:

a) durch erfolgreiche Anfechtung der Zeichnung, § 18;

b) durch Zuteilung (§ 13), und zwar erlischt sie ihrem ganzen Umfange nach, wenn auch nur ein Teil der gewünschten Aktien zugeteilt wird. Eine nachträgliche Zuteilung für die bisher nicht herangezogene Summe ist nicht mehr statthaft[1]), da in der ausdrücklichen Teilannahme die stillschweigende Ablehnung des übrigen Angebots liegt. Ist doch auch regelmässig in der einschränkenden Annahme einer Offerte die Ablehnung des Mehrbetrages zu erblicken.

c) Ferner erlischt die Gebundenheit, wenn eine Zuteilung nicht mehr möglich ist, meist also dann, wenn die berücksichtigten Zeichner schon den ersten Aufsichtsrat gewählt haben; im Erhöhungsfalle, wenn auf Grund geschlossener Zeichnung die Kapitalserhöhung in das Handelsregister eingetragen ist (vergl. § 6).

[1]) So auch Averbeck S. 37.

Denkbar ist die nachträgliche Heranziehung der Zeichnungen wohl nur bei der Gründung, da die Erhöhung meist rasch geschieht. Die Gründer freilich können noch nach der Aufsichtsratswahl den Wunsch haben, an Stelle eines zuerst angenommenen aber insolvent gewordenen Zeichners, dessen Insolvenz sie bei der Zuteilung kannten (H. G. B. § 202 Abs. 3) einen anderen bisher nicht berücksichtigten Zeichner heranzuziehen[1]). Ein anderer Fall wäre die irrtümliche Schliessung der Zuteilung vor geschehener Vollzeichnung. Mag auch in diesen Fällen eine nachträgliche Heranziehung eines Zeichners den Gründern sehr erwünscht sein, so braucht sich doch kein Zeichner eine solche gefallen zu lassen, denn diese Zuteilungen würden zu spät erfolgen (§ 14). Sie könnten nur unter der Voraussetzung als zulässig angesehen werden, dass nach der verspäteten Zuteilung die inzwischen getätigten Verbandsakte, an denen der Zeichner hätte mitwirken dürfen und müssen, also die Aufsichtsratswahl und der Errichtungsbeschluss, wiederholt werden.

d) Die Gebundenheit erlischt nicht dadurch, dass zwar andere Zeichner schon lange berücksichtigt sind, sofern sie nur als Gesamtheit noch nicht tätig geworden sind. Denn so lange kann die Zuteilung noch immer rechtzeitig erfolgen. Der nun erst zugezogene Zeichner ist gegen die früher berücksichtigten durch nichts benachteiligt, ausser dadurch, dass seine Mitgliedschaft später anfängt.

e) Die Zuteilung ist unmöglich und die Gebundenheit beendigt, wenn die Errichtung der Gesellschaft unmöglich ist[2]), oder wenn die Eintragung der Kapitalserhöhung nicht mehr erfolgen kann. Gründe hierfür wären beispielsweise der Verlust der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft[3]) oder die inzwischen erfolgte Nichtigkeitserklärung derselben[4]).

§ 13.

Wesen und Wirkung der Zuteilung.

I. Die Auffassung der Zeichnung als Einwilligung in den Inkorporierungsakt verlangt als Konsequenz den Nachweis dieses Auf-

---

[1]) Averbeck § 52.

[2]) Adelmann S. 56.

[3]) H. G. B. § 292 Abs. 2, B. G. B. § 42, 43 Preuss. Ausf.-Ges. z. H. G. B. Art. 4.

[4]) § 309 u. flg.

nahmeaktes selbst. Es muss nach der Erklärung des Kandidaten eine Erklärung der Verbandsperson erfolgen, und in dem durch die Aktienzeichnung angestrebten Aufnahmevorgang nachgewiesen werden. Ohne eine solche würde die Annahme, dass die Zeichnung eine Einwilligung darin ist, in der Luft stehen.

II. Dieser notwendige Aufnahmeakt ist nun allerdings vorhanden; es ist die Zuteilung.

Sie nimmt die angebotene Beteiligung des Zeichners an und teilt ihm nach Massgabe der geäusserten Bereitwilligkeit und der verfügbaren Masse die gewünschten Rechte zu. Diese Rechte sind Mitgliedschaftsrechte, oder wie Cosack (S. 600) sie nennt, Mitgliederstellen. Sie macht ihn demnach durch ihre Zuteilungserklärung zum Inhaber der Stelle, d. h. zum Mitglied. Die Gesellschaft tätigt die bei Ausgabe neuer Aktien notwendige Schaffung der Mitgliederstellen in deren ersten Trägern und vollzieht einen körperschaftlichen Akt, indem sie erklärt, dass sie den Aufnahmebereiten als Verbandsmitglied annehme und ihm in bestimmtem Umfange Mitgliedschaftsrechte einräume. Dies ist das einfache Wesen der Zuteilungserklärung. Sie ist der verbandsrechtliche Aufnahmeakt, wie die Zeichnung die Einwilligung darin, ohne welche, selbstherrlich, die Korporation keine Aufnahme vollziehen könnte.

Sie geschieht durch Kundgebung der Organe. Ob dieselben dabei für eine bestehende oder eine werdende Körperschaft die Aufnahmeerklärung abgeben, macht keinen Unterschied, sofern sie eben nur zur Abgabe einer solchen Erklärung für die Verbandsperson ermächtigt sind. Eine solche Ermächtigung liegt für den Vorstand der bestehenden Gesellschaft in dessen allgemeiner Vertretungsmacht (§ 231 H. G. B.). Für die Gründer ergibt sie sich aus ihrer besonders normierten Befugnis, für die künftige Gesellschaft zu handeln, eine Befugnis, die wir ebenfalls als Organschaft aufgefasst haben (§ 7 der Arbeit).

III. Wirkung der Zuteilung ist Aufnahme des Zeichners in die Gesellschaft. Er ist nicht Sozius einer Gründungsgesellschaft[1]), freilich auch nicht Aktionär, denn dazu bedarf es der Eintragung. Wie aber vor der Eintragung schon eine Verbandsperson besteht, so auch schon Glieder derselben; ein solches, durch Eintragung zum Aktionär umzuschaffendes, ist der Zeichner, dem Aktien zugeteilt sind. Man kann ihn daher einen „Anwärter" nennen[2]). Das Gesetz

[1]) Cosack S. 612, Adelmann S. 77, Jolly i. d. Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 11 S. 352, Witte in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 8 S. 23.

[2]) Adelmann S. 34.

geht weiter und nennt ihn geradezu Aktionär (§ 195 Abs. 2, § 196 Abs. 1). Es spricht auch (§ 200 Abs. 2) von seinen Mitgliedsrechten, noch bevor für das Gesetz eine anerkannte Verbandsperson vorhanden ist. Es lässt diese Anwärter den ersten Aufsichtsrat, also ein verbandsrechtliches Organ wählen (§ 190 Abs. 3); es unterstellt die Versammlungen der Anwärter den Vorschriften, welche für die Generalversammlung der künftigen Aktionäre gelten (§ 197). Alledem liegt der sehr richtige Gedanke zugrunde, dass das Recht durch die Eintragung zwar die Aktiengesellschaft erst schafft, aber nur indem es eine bereits irgendwie konstituierte Verbandsperson dazu umschafft. Es liegt in diesen Bestimmungen zwar keine Anerkennung, dass der Zeichner schon vor der Eintragung Aktionär ist, denn dies ist nach § 200 Abs. 1 ausgeschlossen und auch trotz § 195 Abs. 2 und § 196 Abs. 1 nicht anzunehmen; wohl aber liegt hierin das sehr deutliche Zugeständnis, dass die Zeichner doch schon Mitglieder einer Korporation sind, die durch die Eintragung zu Aktionären werden sollen.

IV. Wie mit dem Augenblick der Zuteilung der Zeichner als Mitglied aufgenommen ist und von da an als solches an den Versammlungen teilnehmen kann, so hat er auch vom gleichen Augenblick ab seine Mitgliederpflichten, also vor allem die Hauptaktionärspflicht zu erfüllen, den Betrag und das eventuelle Agio der Aktie zu bezahlen, bez. die für die Aktien zu gewährenden Einlagen zu machen. Diese Pflicht ist bei Bestehen der Gesellschaft ohne Zweifel eine Mitgliederpflicht (§ 211). Es liegt kein Grund vor, sie für die Zeit zwischen der Aufnahme des Zeichners und der Eintragung der Gesellschaft bez. der Kapitalserhöhung als etwas anderes als eine Mitgliedspflicht zu erklären. Sie tritt ein mit dem Moment der Aufnahme des Zeichners, weil er in diesem Moment Mitglied wird. Sie beruht aber nicht auf seiner Zeichnungserklärung. Dieselbe gibt wohl die Grundlage ab für die Zuteilung und ermöglicht insofern seine Mitgliedschaft; die aus derselben sich ergebenden Rechte und Pflichten beruhen aber nicht mehr auf der Zeichnungserklärung, sondern haben als alleinigen und genügenden Rechtsgrund die Tatsache, dass der Zeichner nunmehr ein Mitglied ist. Der Zeichner hat auch nur versprochen, sich zum Aktionär machen zu lassen, nicht aber den Betrag der Aktien einzuzahlen; ob er das verspricht oder nicht ist ganz gleichgiltig: wenn er Aktionär ist, muss er zahlen.

Diese Mitgliederpflichten müssen bezüglich des Agios und mindestens eines Viertels vom Nennwert der Aktien schon vor der Eintragung der Gesellschaft bez. der Kapitalserhöhung realisiert sein

(H. G. B. § 195 Abs. 3, § 284 Abs. 3). Insofern sind sie ausdrücklich gesetzlich anerkannt und bedürfen keines besonderen Rechtsgrundes, der ihre Erzwingbarkeit ausspräche. Warum Staub (S. 584 Anm.) eine rechtliche Zwangsgewalt der Organe der werdenden Gesellschaft verneint, ist angesichts des Gesetzes nicht recht einzusehen. Wer anders soll diese Pflichten realisieren, als eben diese Organe und wie anders als im Notfall mit rechtlichem Zwang, das ist mit Klage? Es wäre zudem unbillig, von den Gründern sowie dem Vorstand und Aufsichtsrat den Nachweis der geschehenen Einzahlungen zu verlangen, wenn sie diese Einzahlung nur durch „Umsicht und Geschick", aber nicht nötigenfalls durch Klage zusammenbringen könnten.

In vollkommenem Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung der Wirkung von Zeichnung und Zuteilung stehen Lehmann und Averbeck. Nach ihrer Auffassung tritt zwischen Zeichnung und Zuteilung ein Schwebezustand der Gebundenheit des Zeichners ein, der durch die Zuteilung beendigt werde. Nach der Zuteilung sei der Zeichner angenommen und nun erst beginne die eigentliche Wirksamkeit der Zeichnung (Averbeck § 51). Vor allem werde nun als Wirkung der Zeichnung das Zahlungsversprechen aktuell. Tatsächlich jedoch existiert weder der Schwebezustand noch der angenommene Zeichner, noch auch dessen Zahlungspflicht. Die Gebundenheit ist vielmehr eine echte Wirkung der Zeichnung und nicht etwa die gleichsam bis zum Eintritt einer Bedingung währende Ungewissheit über den Erfolg der Erklärung. Der angenommene Zeichner ferner ist schon Mitglied, vom Gesetz sogar, wie wir oben sahen, schon Aktionär genannt. Aus der Zeichnung aber seine Zahlungspflicht herzuleiten [1]), ist genau so schief und falsch, als wenn man die Pflicht des Käufers als Wirkungen seiner vom Verkäufer angenommenen Kauffofferte darstellen wollte, oder wenn man sagen würde, jemand müsse Steuern zahlen, weil er seinen erbetenen Bürgerbrief bekommen habe.

Bei Behandlung der Anfechtung der Zeichnung wird sich ergeben, dass diese Theorie vom angenommenen, zahlungspflichtigen Zeichner weitere irrige Konsequenzen hat. Nimmt man nämlich an, dass die Wirksamkeit der Zeichnung mit der Aufnahme des Zeichners aufhört, so folgt hieraus, dass dann eine Anfechtung der Zeichnung auf die

[1]) Adelmann § 12, Hahn § 15, Laband in Goldschmidts Zeitung Bd. 7 S. 622, Renaud § 25, Averbeck § 61, Lehmann S. 358. Auch H. G. B. § 189 Abs. 4 und 5 verrät die falsche Auffassung, dass der Zeichner der Gesellschaft gegenüber verpflichtet sei, wie bereits oben, § 4 d. A., bemerkt. Der Ansicht des Textes sind nur Loewenfeld S. 110 und Hellwig S. 252.

Mitgliedschaft und ihre Pflichten nicht den Einfluss haben könnte, als wenn man die Mitgliedspflichten unmittelbar als Wirkungen der Zeichnung erklärt. Letzterenfalls werden sie mit der Zeichnung angefochten, andernfalls nicht.

V. In der Wirkung der Zuteilung, dass der Zeichner unmittelbar Mitglied wird, steckt eine und zwar die zweite Wirkung der Zeichnung. Nur durch die vorher erklärte Einwilligung des Zeichners ist die Möglichkeit geschaffen, dass die Aufnahmeerklärung der Gesellschaft ohne weiteres den Zeichner zum Mitglied macht; der Akt der Gesellschaft allein könnte ebensowenig jemanden zum Mitglied machen, wie sich auch niemand selbst zum Mitglied erklären kann. Zeichnung und Zuteilung wirken hier zusammen, gleichsam wie eine chemische Reaktion: durch Zusammenwirken zweier einzelner Akte entsteht eine gemeinsame neue Wirkung, welche keiner allein hätte zu Stande bringen können, und die über beide und damit auch über unser Thema hinausreicht. Wir haben den Zeichner zu betrachten; das Verbandsmitglied und der Aktionär, der aus ihm durch die Zuteilung und Eintragung wird, geht uns nichts mehr an.

Die Wirkungen der Zeichnung sind damit erledigt. Es waren nur zwei: erstens ist der Zeichner gebunden, sich innerhalb der Präklusivfrist zum Mitglied machen zu lassen, und zweitens macht die auf Grund der Zeichnung erfolgende Zuweisung von Aktien den Zeichner ohne weiteres zum Verbandsglied.

§ 14.

Der Zeitpunkt der Zuteilung.

I. Die Bestimmung des Augenblicks, in dem die Zuteilung wirksam und der Zeichner als Mitglied angenommen wird, ist streitig. Es sind zunächst die Grundsätze aufzustellen, nach denen er zu bestimmen ist.

1. Die Zuteilung kann erst erfolgen, nachden die Zeichnung dem verteilenden Organ zugegangen ist. Denn sie soll auf Grund der Zeichnung geschehen und kann nur in diesem Falle ihren Zweck, den Zeichner zum Mitglied zu machen, auch wirklich erreichen. Nach dem Zugehen der Zeichnung kann sie aber sofort erfolgen; die Vollzeichnung braucht nicht abgewartet zu werden.

2. Da die Zuteilung den Zeichner zum Mitglied macht, so muss sie bereits erfolgt sein, ehe irgend eine gemeinsame Tätigkeit der neuen Mitglieder geschehen kann. Im Fall der Gründung ist die erste

derartige Tätigkeit die Wahl des ersten Aufsichtsrates (§ 190 Abs. 2); vor derselben also muss die ganze Zuteilung beendet sein. Bei der Erhöhungszeichnung werden die neuen Aktionäre vor der Eintragung der Erhöhung nicht tätig; die Zuteilung muss hier vollzogen sein, bevor die Durchführung des Erhöhungsbeschlusses zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden kann (§ 284).

II. Hiermit ist festgestellt, dass die Zuteilung zwischen den Terminen 1 und 2 erfolgen muss. Frühere Zuteilungen als nach dem 1. und spätere als vor dem 2. Zeitpunkt sind unmöglich und nichtig. Es bleibt nun die Frage, wodurch sie erfolgt, eine Frage, die mehr für die Gründung in Betracht kommt, da dort mehrere Zeitpunkte angenommen werden können, während bei der Erhöhung der Zeichnung alsbald die Eintragung folgt.

Lehmann[1]) unterscheidet Annahmeerklärung und Mitgliedsproklamation. Erstere gebe den angenommenen Zeichnern einen obligatorischen Anspruch gegen die Gründer, nicht mehr willkürlich von der Aktionärliste gestrichen zu werden, nehme aber den Gründern nicht das Recht, dies dennoch zu tun; unter Umständen sei es sogar ihre Pflicht, den angenommenen Zeichner noch später zurückzuweisen. Mitglied werde der angenommene Zeichner erst definitiv durch Sanktion seiner Annahme in feierlicher Mitgliedsproklamierung, und diese erfolge in der konstituierenden Generalversammlung oder „spätestens" durch Einreichung der Zeichnerliste zum Handelsregister.

Hiergegen ist zunächst einzuwenden, dass die Annahme zweier Termine ein gänzlich willkürliches Produkt „konstruktiven Aufbaus" ist (Lehmann S. IV) und jeder gesetzlichen Unterlage entbehrt. Die Mitgliedschaft beginnt entweder schon mit der Annahmeerklärung oder mit der Proklamation, aber unmöglich „spätestens" mit dieser[2]). Sie kann aber gar nicht so spät beginnen, denn vorher schon sind die Mitglieder tätig geworden. Vorher schon sind Namen und Zahl derselben zum Zweck der konstituierenden Generalversammlung und der Eintragung festgestellt worden (§ 195 Abs. 2, § 196 Abs. 1). An dieser Liste ist eine Änderung nicht mehr möglich, weil nach § 200 Abs. 2 und § 287 Abs. 2 Anteilsrechte vor der Eintragung nicht übertragen werden können. Nur gesetzliche Rechtsnachfolger von Aktionären sind zuzulassen[3]). Von einer Pflicht endlich, wie

[1]) S. 356 flg.

[2]) Averbeck S. 19.

[3]) Die Worte: „oder als Rechtsnachfolger derselben" des Art. 210a des A. D. H. G. B. sind im neuen H. G. B. gestrichen. Denkschrift S. 136. Vergl. Gierke in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 45 S. 488.

Lehmann behauptet, faule Zeichner aus der Liste zu streichen, sagt das Gesetz nichts; es statuiert nur eine Delkredere-Haftung (§ 202 Abs. 3); um diese den Gründern abzunehmen oder zu erleichtern, kann ihnen keine Willkür gestattet werden.

Staubs Vorschlag[1]), die Anmeldung des Gesellschaftsvertrages als öffentliche und feierliche Form der Annahme zu betrachten, ist gleichfalls unannehmbar. Vorher bereits haben die künftigen Aktionäre den ersten Vorstand und Aufsichtsrat gewählt und also schon körperschaftlich gehandelt; vor der Anmeldung müssen sie auch schon angenommene Zeichner gewesen sein. Es ist widersinnig, anzunehmen, dass der Aufsichtsrat durch Zeichner gewählt werde, die Konstituierung der Gesellschaft aber sich durch Beschluss der Mitglieder vollziehe. Eins ist so gut eine Verbandshandlung wie das andere. Auch darin kann Staub nicht beigestimmt werden, dass er noch weitergehend als Lehmann den Gründern das Recht einräumt, nach reiner Willkür (S. 584) Zeichner bis zur Anmeldung aufzunehmen oder auch wieder abzulehnen; dann könnten die Gründer je nach Ausfall der Revision an Stelle von zunächst herangezogenen Zeichnern ihre Freunde zu Aktionären machen, oder aber aus der Gründung herauslassen. Das wäre „reine Willkür" und ist unzweifelhaft unzulässig.

Averbeck (S. 16 u. flg.) stellt für die Fixierung des Zuteilungsaugenblicks als Prinzip den Satz auf, dass durch den Annahmeakt der Zeichner in den Gründungshergang hineingezogen werden müsse. Hängt dies nun auch mit seiner irrigen Theorie zusammen, dass der Zeichner gründen wolle, so ergibt es doch ein brauchbareres Resultat. Angenommen ist der Zeichner dann, wenn er zur ersten, der sogenannten Wahl-Gereralversammlung gelassen wird. Damit wird er in den Gründungshergang hineingezogen und in dieser Versammlung geschieht wirklich die erste mitgliedschaftliche Äusserung des Zeichners. Praktisch aber führt auch diese Annahme zu keinem Resultat. Denn die Einladung zur Versammlung erfolgt öffentlich durch den Reichsanzeiger und setzt, wie Averbeck selbst zugeben muss (Anm. 34), voraus, dass ihm vorher irgend eine Mitteilung über die Annahme seiner Beteiligung zugegangen ist. Eine solche Mitteilung aber genügt ihm nicht als Zuteilung, weil sie nicht „aktienrechtlich" sei (S. 17). Wie kann aber einem nicht anderweitig Benachrichtigten kundgemacht werden, dass die öffentliche Einladung ihn aktienrechtlich etwas angehe?

In diesem Suchen nach einem besonderen aktienrechtlichen Annahmeakt liegt der Fehler. Es ist ja vollkommen richtig, dass

[1]) Komm. S. 584.

spätestens in der Einreichung der Zeichnerliste die Mitgliedschaft proklamiert wird (Lehmann) und dass die Anmeldung des Statuts stillschweigend den Willen der Gründer dokumentiert, mit den in der Liste aufgeführten Personen die Gesellschaft bilden zu wollen (Staub) und endlich, dass durch die Einladung zur Wahlversammlung der Zeichner unzweifelhaft als Mitglied angesprochen wird (Averbeck). Aber durch alle diese ganz andere Zwecke verfolgenden Akte kann doch die Mitgliedschaft nicht entstehen. Die Aufnahme muss dem Einzelnen ausdrücklich kundgegeben werden, und eine solche Erklärung ist in der Proklamation ebensowenig zu finden, als in der Einladung zur Versammlung und der Einreichung der Liste. Da das Aktiengesetz von einer ausdrücklichen Mitteilung nichts sagt, so muss eben von einer besonderen aktienrechtlichen Annahmeerklärung abgesehen werden. Vielmehr ist jede Mitteilung über die geschehene Zuteilung als genügend und auch entscheidend, für beide Teile verbindlich, anzusehen, mag sie auch weder besonders feierlich noch öffentlich geschehen. Es besteht ja zunächst auch gar kein Bedürfnis nach Öffentlichkeit. Ob ein Zeichner Aktien bekommt oder nicht, interessiert nur ihn und die Gesellschaft.

III. Die private Zuteilungs-Mitteilung ist empfangsbedürftig und wird wirksam, wie die Zeichnung auch, im Augenblick ihres Zugehens beim Destinatär, dem Zeichner. In diesem Augenblick wird er Mitglied und wird ebenfalls das Organ der Zuteilung an seine Erklärung gebunden. Eine Ersetzung eines angenommenen Zeichners durch einen anderen ist nicht mehr möglich, auch nicht im Wege der gewillkürten Rechtsnachfolge; für die Gesellschaft ist nur der zuerst und wirksam angenommene Zeichner der Aktionär (§ 200 Abs. 2).

Die Zuteilungserklärung ist zu erblicken in einer gesetzlich vorgeschriebenen Einrichtung, an die man in diesem Zusammenhang bisher nie gedacht hat, weil man als aktienrechtlichen Annahmeakt nur einen feierlichen und öffentlichen anerkennen wollte. Die gesuchte Erklärung der Zuteilung ist die Schlussnote. Hier äussert sich eine wohltätige Folge der juristisch merkwürdigen Auffassung des Börsensteuergesetzes, nach welchem (Tarifnummer 4a Zusatz) die Zuteilung dem Anschaffungsgeschäft hinsichtlich der Stempelpflicht gleichgestellt wird[1]).

Nach § 9 dieses Gesetzes hat der zur Entrichtung der Stempelabgabe Verpflichtete — in unserem Falle nur der Vorstand bezw.

[1]) Die ältere Praxis entschied sich gegen die Stempelpflicht, Pinner S. 43, Staub S. 586.

die Gründer, da die Zeichner ja regelmässig noch nichts von der Zuteilung wissen — noch am Tage der Zuteilung eine Schlussnote auszustellen, welche den Namen und Wohnort der Parteien, den Gegenstand und die Bedingungen des Geschäfts und die Lieferungsfrist angeben muss. Die Hälfte dieser Schlussnote muss spätestens am dritten Tage, nach dem Geschäfts- (Zuteilungs-) Abschluss von den Zuteilungsorganen an den Zeichner abgesandt werden.

Eine Mitteilung also über die geschehene Zuteilung an den Zeichner ist damit gesetzlich erzwungen. Indes ist eine Schlussnote ihrer Natur nach mehr eine Urkunde über die Erfüllung der Stempelpflicht des Geschäfts, als eine Mitteilung über den Abschluss eines solchen; eine solche liegt daher nicht expressis verbis, sondern nur stillschweigend darin. So ist auch die Zuteilungsschlussnote, wie sie naiv und richtig in der Praxis genannt wird, eine konkludente Zuteilungserklärung[1]).

IV. Schwierigkeiten entstehen, wenn ausser dieser Schlussnote noch, wie es in der Praxis geschieht, vorher, nachher oder gleichzeitig mit ihr dem Zeichner andere und zwar ausdrückliche Mitteilungen über die geschehene Zuteilung zugehen.

Regelmässig erhält der Zeichner nicht bloss die halbe Schlussnote, sondern einen Brief, dem die Note nur beigefügt ist. Weichen beide Urkunden bezüglich der Zahl der zugeteilten Aktien von einander ab, so ist die geringere von beiden Summen als zugeteilt anzusehen, da insoweit die beiden widerspruchsvollen Urkunden sich decken und insoweit einen einwandsfreien Schluss auf den Zuteilungswillen der Gesellschaftsorgane zulassen (vergl. Wechselordnung Art. 5 Abs. 2).

Erhält der Zeichner die Mitteilung und die Schlussnote nicht gleichzeitig, so scheidet zunächst diejenige Erklärung als wirkungslos aus, welche unzeitig, also zu früh oder zu spät erfolgt ist. Gehen ihm beide nacheinander rechtzeitig zu, so gilt die erste und bleibt auch dann wirksam, wenn die spätere Erklärung inhaltlich von ihr abweichen sollte.

§ 15.

Das Recht auf Zeichnung und Zuteilung.

Dem Wesen eines körperschaftlichen Aufnahmeaktes gemäss haben die Organe völlig freie Hand, die angebotene Beteiligung anzunehmen oder abzulehnen; ja sie können sich überhaupt weigern,

[1]) Dass die Zuteilung nicht durch konkludentes Handeln erfolgen könne, nimmt Behrend, Lehrbuch S. 739 Anm. II zu Unrecht an.

das Aufnahmegesuch des Zeichners entgegenzunehmen. Durch Kundgabe seines Wunsches Aktien zu bekommen, hat ferner kein Zeichner irgend einen Anspruch darauf, auch wirklich welche zu erhalten; seiner Gebundenheit aus der Zeichnung steht keine Verpflichtung der Körperschaft auf Vollziehung der Zuteilung gegenüber.

Er kann aber aus anderen Tatsachen als der Zeichnung einen Anspruch darauf haben, Aktien zugeteilt zu bekommen. Dieser Anspruch ist das aktienrechtliche Institut des Bezugsrechts.

I. Bei der Gründungszeichnung kennt das Aktienrecht nach heutiger Auffassung[1]) keinen Anspruch auf Zulassung zur Zeichnung. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass zivilrechtlich die Gründer sich verpflichten können, jemanden zeichnen zu lassen; können sie sich doch auch — aber ebenfalls nur zivilrechtlich — verbindlich machen, eine Zeichnung zu berücksichtigen. Neben der Zeichnung können solche Abreden und Versprechungen zivilrechtlich begründet werden; aktienrechtlich aber können sie nicht verbindlich gemacht werden. Denn wenn sie nicht im Schein enthalten sind, so gelten solche Abreden aktienrechtlich nicht; stehen sie aber darin, so sind sie nicht nur selbst hinfällig, sondern machen auch den Schein nichtig, da sie auf einen Vorbehalt zu Gunsten des Zeichners hinauslaufen (§ 189 Abs. 4 und 5). Am besten ist es also immer noch, solche Versprechungen rein zivilrechtlich und ohne Aufnahme in den Schein, mit blosser Wirkung gegen die versprechenden Gründer, zu konstituieren. In dieser Form sind sie möglich, haben aber dann mit dem aktienrechtlichen Institut der Zeichnung nichts zu tun.

Es erübrigen sich also für die Zeichnung die früher gemachten langen Erörterungen darüber, wann und woraus die Zeichner ein Recht darauf hätten, zur Zeichnung zugelassen zu werden, insbesondere darüber, ob eine Zeitungsannonce ihnen dies Recht schon gebe oder nicht; desgleichen darüber, wann die erfolgte Zeichnung als Akzept eines Zulassungsversprechens und wann sie nur als Offerte aufzufassen sei[2]). Ganz irrig ist es vollends in Verquickung der zivilrechtlichen Nebenverhältnisse mit der Zeichnung diese immer als ein Akzept anzusprechen[3]). Was etwa alles gelegentlich der Zeichnung nebenher geschehen kann, das interessiert für die aktienrechtliche Untersuchung gar nicht; es sind dies vielmehr Fragen des bürgerlichen Rechts.

[1]) Lehmann S. 354, Averbeck S. 7.

[2]) Regelsberger S. 53. Behrend S. 738 Anm. 9. Hahn S. 21.

[3]) Renaud S. 246. Petersen-Pechmann S. 48. Dagegen Simon in Goldschmidts Zeitung Bd. 36 S. 358.

II. Im Fall der Erhöhungszeichnung kennt aber das Aktienrecht einen Anspruch auf Zulassung zur Zeichnung; denn es kennt hier ein Recht auf Zuteilung, welches nur durch Zeichnung geltend gemacht werden kann, sodass also der Zuteilungsberechtigte auch mittelbar zeichnungsberechtigt ist.

Dieses Recht auf Zuteilung ist das Bezugsrecht.

1. Inhalt desselben ist der Anspruch auf Zuteilung von neuen Aktien. Gerichtet ist der Anspruch gegen die Gesellschaft, nicht wie die unter I. besprochenen zivilrechtlichen Ansprüche nur gegen die Organe persönlich.

2. Begründet wurden Bezugsrechte ursprünglich durch statutarische Bestimmungen (sogenannte Gründerrechte) oder durch Versprechungen und Festsetzungen der Gesellschaftsorgane. Dieser Zustand, welcher den Gründern unverdiente mühelose Gewinne vorbehielt und die Verteilung der neuen Aktien ganz der Willkür der Organe anheimgab, erfuhr schon durch die Aktien-Novelle von 1884 sehr wesentliche Einschränkungen. Fortan konnte jede für die Gesellschaft, also aktienrechtlich verbindliche Bestellung eines Bezugsrechtes erst nach dem Erhöhungsbeschluss bewirkt werden; es wurden damit alle statutarischen Gründerbezugsrechte unmöglich und die Macht des Vorstandes, ausserordentliche Bezugsrechte zu gewähren, wurde erheblich eingeschränkt. (A. D. H. G. B. Art. 215 a, Abs. 4). Die Praxis [1]) legte, was mangels genauer Übergangsvorschriften zweifelhaft war, dieser Bestimmung keine rückwirkende Kraft bei, sodass die Gründerbezugsrechte in Geltung blieben, sofern sie vor dem 14. August 1884 statuiert waren. An diesen alten durch die Satzung begründeten Rechten hat nun auch das neue H. G. B. nichts geändert, vielmehr ihre Wirksamkeit ausdrücklich (§ 28 des Einführungsgesetzes) anerkannt, im übrigen jedoch das Bezugsrecht eingehend und zum teil ganz neu geregelt.

Das Bezugsrecht beruht jetzt entweder auf einer dispositiven gesetzlichen Vorschrift oder auf den Bestimmungen des Erhöhungsbeschlusses oder endlich auf Zusicherungen des Vorstands.

a) Das Gesetz gewährt den Aktionären ein allgemeines Bezugsrecht (§ 282), welches allen gleichmässig zusteht; dasselbe hat also für die vor dem 1. Januar 1900 ausgegebenen Aktien rückwirkende Kraft. Es ist aber dispositiv und kann den Aktionären ganz oder teilweise durch ihren eigenen Willen entzogen werden, nämlich durch den

[1]) E. R. G. Bd. 27 S. 1, Bd. 28 S. 75, Bd. 42 S. 103. Entsch. v. 3. Okt. 1900 in der jurist. Wochenschrift S. 755 und der Deutschen Juristenzeitung S. 529. So auch jetzt Staub Anm. 4 zu § 283 d. 6. und 7. Auflage; anders § 10 zu Art. 215 a 2. Aufl.

b) Erhöhungsbeschluss. Insoweit in demselben über das Bezugsrecht zu Gunsten Dritter oder auch einzelner Aktionäre verfügt ist, entfällt das gesetzliche Recht aller Aktionäre. Insoweit aber der Bezug durch den Beschluss nicht berührt wird und das dispositive gesetzliche Bezugsrecht ausgeschlossen oder nicht ausgeübt ist, kann

c) der Vorstand der Gesellschaft auch Nichtaktionären ein ausserordentliches Bezugsrecht einräumen (§ 283). Dasselbe ist aber nur subsidiär zulässig, also nur unter Vorbehalt des gesetzlichen (§ 283 Abs. 1), d. h. insoweit dasselbe ausgeschlossen oder nicht ausgeübt ist, und ebenfalls nur unter Wahrung des auf dem Beschluss beruhenden (§ 283 Abs. 2), d. h. nur nachdem die Gesellschaft nichts anderes beschlossen hat. Vorher und ohne diese Einschränkungen können die Vorstände nur auf eigene Verantwortung Bezugsrechte einräumen, der Gesellschaft und den Aktionären gegenüber sind solche Versprechungen unverbindlich. Damit ist das schon im Aktiengesetz von 1884 durch eine entsprechende Vorschrift (Art. 215a Abs. 4) beseitigte frühere

d) statutarische Bezugsrecht auch fernerhin unmöglich gemacht. Auch eine Modifikation des gesetzlichen Rechts oder der freien Verfügungsmacht der die Erhöhung beschliessenden Generalversammlung kann durch das Statut nunmehr nicht bestimmt werden. Überhaupt ist jetzt dem Statut aller Einfluss auf das Bezugsrecht entzogen, nur eine bestimmte Majorität kann es noch für den Beschluss fordern[1]). — Dass statutarische Rechte aus der Zeit vor 1884 noch in Kraft sind und in soweit selbst das neue gesetzliche Bezugsrecht aufheben, wurde bereits bemerkt.

Es stellt sich hiernach die Kompetenz zur Begründung von Bezugsrechten heute folgendermassen:

Unbedingt gelten alte statutarische Rechte, die vor dem 14. August 1884 begründet sind.

Insoweit sie fehlen oder über die neuen Aktien nicht verfügen, tritt die Kompetenz der Generalversammlung ein.

Bestimmt auch diese nichts, so hat jeder Aktionär das gesetzliche, dem bisherigen Besitz entsprechende Bezugsrecht.

Wird dies gesetzliche Recht nicht ausgeübt, oder ist es von der Generalversammlung aufgehoben, so können die Vorstände, nach dem Beschluss, selbständig über die neuen Aktien verfügen.

3. Der Umfang des Bezugsrechtes richtet sich nach dem Titel, auf dem es beruht. Der Erhöhungsbeschluss wird für die von ihm

[1]) Staub, Anm. 7 zu § 283.

gewährten Rechte auch den Umfang festsetzen. Für das dispositive Recht bestimmt das Gesetz einen dem Anteil an dem bisherigen Grundkapital entsprechenden Umfang (§ 282 Abs. 1). Es können also nie mehr Ansprüche vorhanden sein, als verteilbare Aktien.

4. Die Geltendmachung des Bezugsrechtes kann an eine, mindestens vierzehntägige Frist gebunden werden. Sie geschieht stets durch Zeichnung, da das neue Kapital unter allen Umständen gezeichnet werden muss (§ 281). Der Bezugsberechtigte hat daher einen Anspruch auf Zulassung zur Zeichnung.

5. Er hat aber vor allem einen Anspruch auf Zuteilung; dies ist der eigentliche Inhalt seines Bezugsrechts. Der Anspruch richtet sich gegen die Gesellschaft, vertreten durch ihre Organe. Er ist durchaus verbandsrechtlicher Natur, da er das Recht gibt, als Mitglied aufgenommen zu werden[1]). Der Anspruch kann vor geschehener Zuteilung durch Klage auf Erfüllung, d. h. Aufnahme durchgesetzt werden; nach der Zuteilung aber kann, da nun eine Erfüllung unmöglich ist, nur Schadenersatz verlangt werden, und zwar nach dem Prinzip der Realrestitution (B. G. B. § 249) durch Verschaffung der fraglichen Aktien oder Geldentschädigung (§ 251). Diese Haftung trifft nicht nur den Vorstand persönlich (§ 823 B. G. B.), sondern auch die Gesellschaft nach § 31 B. G. B.

6. Die Ausübung des Bezugsrechtes sichert lediglich diesen klagbaren Anspruch auf Zuteilung. Sie macht dieselbe aber nicht überflüssig, insbesondere wird keinesfalls der berechtigte Zeichner Kraft seiner Zeichnung schon Mitglied. Auch er muss warten, wie alle anderen Zeichner; nur kann er eben klagen, wenn die Organe keine Miene machen, ihm Aktien zuzuteilen, und kann Schadenersatz verlangen, wenn sie ihn übergangen haben. Das Bezugsrecht ist also wohl ein aktienrechtliches Institut, aber für die Zeichnung nur akzessorisch, es kann dem Zeichner zustehen, ändert aber dann nichts an der Natur der Zeichnung als eines Aufnahmegesuchs, mag der Gesuchsteller auch ein Mittel haben, seiner Bitte Erfolg zu verschaffen[2]). Zeichnung und Zuteilung werden durch das Vorhandensein eines Bezugsrechts nur insoweit berührt, als erstere dann zugleich Ausübung eines Rechts des Zeichners und letztere zugleich Erfüllung einer Pflicht der Gesellschaft ist, während in

[1]) Das R. G. nennt in seiner E. v. 11. Mai 1901, Recht S. 496, es einen reinen Vermögensanspruch; ähnlich Gierke S. 250 und Pinner S. 260. Es ist hier aber offenbar zu viel Gewicht auf die ökonomische Folge des Aufnahmeanspruchs gelegt.

[2]) And. Mein. Averbeck § 43

Ermangelung des Bezugsrechtes der Vorstand weder zur Zulassung einer Zeichnung noch zur Zuteilung darauf verpflichtet ist.

§ 16.

Überzeichnung und Überzuteilung.

Da die Zeichnung nur die den Erklärenden bindende Kundgebung des Wunsches ist, Aktionär zu werden, so können dadurch keine Schwierigkeiten entstehen, dass etwa mehr Beteiligungen nachgesucht werden, als zu vergeben sind. Eine Überzeichnung macht es den Zuteilungsorganen zwar unmöglich, alle Zeichnungen zu berücksichtigen, bringt sie aber in keinen Konflikt, da sie so viel oder so wenig zuteilen können, als sie wollen. Das einzige was sie binden und zur Berücksichtigung der Zeichnungen zwingen könnte, das Bezugsrecht, kann niemals den Betrag der verteilbaren Masse übersteigen.

Wohl aber existiert ein Problem der Überzeichnung für diejenigen Theorien, nach denen die Zeichnung entweder immer Annahme einer von den Gründern gemachten Offerte ist oder nach denen sie es wenigstens unter Umständen sein kann. (Vergl. vor. § unter I.) Da entsteht dann durch eine Überzeichnung für die Gründer jener embarras de richesse, auf den Simon (Goldschmidts Zeitschrift Bd. 36 S. 338) aufmerksam gemacht hat und gegen den es keine Abhilfe geben würde.

Im Falle einer Überzuteilung dagegen entstehen wirkliche aktienrechtliche Schwierigkeiten, indem mehr Mitglieder entstanden sind, als entstehen durften. Notwendigerweise werden einige Personen zurücktreten müssen und Schaden erleiden. Ihnen haften zwar die Emissionsorgane, wenn sie irrten für das negative, wenn sie dolos handelten für das positive Interesse (B. G. B. §§ 122 und 823). Wie aber die Viel-zu-Vielen ausgeschieden werden sollen, ist nicht so einfach zu sagen. Dass die ganze Zuteilung nichtig sei, ist kaum anzunehmen; etwa nach Analogie von B. G. B. 659 das Los entscheiden zu lassen, wäre eine etwas plumpe Nothilfe. Als richtigster Ausweg könnte der gelten, dass die Zuteilungsorgane die letzten Zuteilungen, als im Irrtum geschehen, anfechten, wogegen allerdings die Haftung für das negative Interesse und nicht ohne innere Berechtigung auf ihnen sitzen bliebe. Die Lösung des schwedischen Rechts, auf das Lehmann[1]) in diesem Zusammenhang hinweist, und das der Generalversammlung eine Mitwirkung bei der Zurück-

[1]) S. 357 Anm. 2.

weisung einräumt, ist unlogisch. Denn diese Generalversammlung würde mehr Stimmen enthalten, als zulässig ist, und kann daher nicht als ein giltiges Organ der Gesellschaft anerkannt werden.

§ 17.

Nichtigkeit der Zeichnung.

Die Nichtigkeitsgründe des bürgerlichen Rechts finden auf die Aktienzeichnung teils eine veränderte, teils gar keine Anwendung.

I. Sehr ausgedehnt ist der Nichtigkeitsgrund des Formmangels. Die Zeichnung muss nicht nur schriftlich geschehen, sondern auch auf einem bestimmten Schein vollzogen werden; dieser Schein, die formelle Erscheinung der Zeichnungserklärung, muss einen, oben §§ 3 bis 5, eingehend erörterten Inhalt haben, der dadurch selbst Formerfordernis geworden ist. Sein Fehlen hat die Nichtigkeit der Zeichnung zur Folge. Das Nähere hierüber sowie über die Heilung der Nichtigkeit, ist bereits oben, § 4, gesagt worden.

Was ausser diesem Inhalt des Scheines zwischen dem Zeichner und den Organen der Gesellschaft ausgemacht wird, ist aktienrechtlich nicht vorhanden und ebenfalls nichtig. Für die Zeichnung gibt es demnach die Nichtigkeitsgründe der dem Gegner bekannten Mentalreservation, der Schein- und der nicht ernst gemeinten Erklärung (B. G. B. § 116 bis 118) gar nicht, da das Einverständnis als Nebenabrede nichtig ist und die Wirksamkeit der Haupterklärung nicht berühren kann. Demgemäss hat auch das Reichsgericht[1]) mit vollem Recht die Strohmänner für ebenso wahre Zeichner erklärt, wie diejenigen Personen, welche die Aktien für sich erwerben.

Die Zeichnung ist ferner nichtig, wenn sie zur Unzeit erfolgt; denn sie verstösst dann gegen das Gesetz (B. G. B. 134), welches eine bestimmte, oben in § 6 festgestellte Zeit für die Erklärung vorgeschrieben hat.

Die Zeichnung setzt Verpflichtungsfähigkeit des Zeichners voraus[2]). Fehlt diese, so ist die Erklärung nichtig. Wird der Zweck der Zeichnung unmöglich, so fällt auch die Zeichnung zusammen.

II. Durch die Nichtigkeit der Zeichnung wird vor allem die Unmöglichkeit der Zuteilung bewirkt, da diese, um wirksam zu sein, das Vorliegen eines wirksamen Aufnahmegesuchs voraussetzt. Erfolgt trotzdem auf eine nichtige Zeichnung ein zuteilungsartiger Akt (eine Schlussnote oder eine andere Mitteilung), so ist derselbe

[1]) Bd. 28 S. 76.
[2]) Lehmann S. 335.

jedenfalls keine Zuteilung und kann den Zeichner nicht zum Mitglied machen. Vielleicht liegt in einer solchen wirkungslosen Zuteilung eine Aufforderung, die nichtige Zeichnung nachzuholen.

III. Die Nichtigkeit wird durch Klage geltend gemacht; dieselbe ist gegen die Gesellschaft zu richten[1]). Durch das Urteil wird die Verpflichtung der Gesellschaft festgestellt, dem Zeichner seine Einlagen zurückzugewähren und unter Beobachtung der hierfür geltenden Bestimmungen das Grundkapital entsprechend herabzusetzen. Waren alle Zeichnungen nichtig, so erreicht eine Nichtigkeitsklage nicht die Löschung der Kapitalserhöhung, sondern auch nur die Pflicht der Gesellschaft, die Erhöhung wieder rückgängig zu machen.

Das Rückforderungsrecht der Schein-Aktionäre ist kein mitgliedschaftlicher Anspruch, sondern ein einfaches Gläubigerrecht, das im Konkurse der Gesellschaft als Buchforderung zu berücksichtigen sein dürfte.

§ 18.

Anfechtung der Zeichnung.

I. Theorie und Praxis sind jetzt nahezu darüber einig, dass die Anfechtung der Zeichnung etwas besonders Gefährliches sei und dass man sie möglichst einschränken müsse.

Für Zulassung der Anfechtung sprach sich Renaud (S. 260) aus; er vertrat einen Standpunkt, wie jetzt das Bürgerliche Gesetzbuch in § 119 und wie er jetzt noch von Makover in seinem Kommentar aufrecht erhalten wird. Jolly (in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. II S. 354) wollte dem Zeichner ganz freie Hand lassen, zurückzutreten oder nicht; er nahm also nicht einmal eine Gebundenheit an. Endlich hat einmal auch das Reichsgericht (Bd. 36 S. 106) für den verwandten Fall des Eintritts in eine Genossenschaft dem betrogenen Zeichner eine Einrede gewährt. Sonst aber ist die Praxis[2]) und nicht minder die Theorie[3]) stets einmütig gegen die Zulassung der Anfechtung gewesen, und zwar folgte in dieser Frage die Wissenschaft dem Vorgange der Rechtsprechung des Reichsgerichts, welches seinerseits nur die Praxis des Reichs-Oberhandelsgerichts[4]) fortsetzte.

[1]) Entscheidung d. Kammergerichts vom 26. Juli 1902. Recht 1902 S. 531.

[2]) E. R. G. Bd. 45 S. 106, Bd. 28 S. 75, Bd. 42 S. 1, Bd. 19 S. 126, Bd. 41 S. 13, Bd. 2 S. 130, Bd. 9 S. 37. E. v. 4. Juni 1902 b. Holdheim 1902, S. 267, v. 11. Mai 1901 i. d. Jur. Wochenschrift 1901, S. 484, v. 14. März 1903 bei Holdheim 1903, S. 153.

[3]) Gierke S. 133 Anm. 2, Cosack S. 608, Lehmann S. 338, Wiener in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 24 S. 455, Averbeck S. 43. Adelmann S. 62. Staub b. Holdheim 1901, S. 133 u. Komm. S 585. Pinner S. 42. Hellwig S. 252. Holdheim in seiner Monatsschrift 1901 S. 267.

[4]) Bd. 9 S. 415, Bd. 20 S. 270.

Die Gründe, auf welche diese nahezu einhellige Verwerfung der Anfechtung gestützt wurde, sind wohl hin und wieder verschieden formuliert, aber nicht durch andere ersetzt worden. Sie gipfeln darin, dass die Anfechtungsgründe des Zivilrechts „auf dem Gebiete solcher Erklärungen, welche dazu bestimmt sind, über den Kreis derjenigen, welchen zunächst erklärt wird, hinaus Dritten das Vorhandensein des erklärten Verhältnisses kundzugeben und mit dieser Kundgebung auf ihre Entschliessung zu wirken, wie zur öffentlichen Kenntnis bestimmte Beteiligungserklärungen, nur in äusserst beschränkten Grenzen anwendbar seien“[1]). Besonders und ausschliesslich müsse die Erklärung massgeblich sein, wenn es sich um Beteiligungserklärungen handele, welche einer Behörde abgegeben werden und Wirkungen haben sollen, die das öffentliche Interesse berühren. Solche Erklärungen hätten eine Doppelfunktion und würden gewissermassen nicht bloss der Gegenpartei, sondern auch der Behörde und dem Verkehr gegenüber abgegeben. Diesen gegenüber seien sie abstrakte Erklärungen und müssten so gelten, wie sie erklärt seien[2]). Es komme nur darauf an, dass die in der Zeichnung liegende Beteiligungserklärung selbst gewollt sei; dagegen müssten die Beweggründe und Vorstellungen, die zu dieser bewussten Erklärung geführt haben, der Gesellschaft gegenüber ausser Betracht bleiben, da die Zeichnung ihrer Bedeutung und ihrem Zweck entsprechend als eine Erklärung aufzufassen sei, die dahin gehe, für die Zeichnung unbedingt haften zu wollen, sobald daraufhin die Eintragung erfolgt sei. Der Zeichner möge sich, falls er betrogen sei, an die Betrüger halten.

Gegenüber diesen allgemeinen rechtlichen Erwägungen leugnete man die Wirksamkeit der unzureichenden Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs[3]), auf das sich Makover berufen hatte. Man wandte diese Gründe ferner auch auf die Erhöhungszeichnung an, da sie ebenso zutreffend sein mussten, wenn die vermögensrechtliche Basis der Gesellschaft erweitert werden sollte, als wenn durch die Zeichnungen bei der Gründung erst eine solche geschaffen werden sollte[4]).

II. Was dieser Ansicht die allgemeine Anerkennung verschafft hat, dürfte weniger die zwingende Macht der Gründe, als das praktische

---

[1]) Worte d. Ent. Bd. 9 S. 38.

[2]) E. d. Oberlandesger. Köln v. 12. Nov. 1902 im Bankarchiv 1902 S. 46.

[3]) Staub bei Holdheim 1901 S. 134.

[4]) E. R. G. vom 4. Juni 1902 bei Holdheim 1902 S. 267. E. d. Kammergerichts vom 26. Juni 1902 Bankarchiv Bd. 1 S. 167.

Ergebnis sein, zu dessen Rechtfertigung sie erfunden worden ist[1]). Sie beruht auf einer irrigen Rechtsanschauung und auf der übertriebenen, gesetzlich nicht gerechtfertigten Anwendung eines heute oft überspannten Rechtsprinzips.

Rechtsirrig nimmt das Reichsgericht an, dass der Zeichner aus dem Zeichnungsschein verbunden sei, den Betrag der zugeteilten Aktien einzuzahlen. Hierüber ist oben § 13 ausführlich gehandelt worden, sodass ein abermaliges Eingehen auf diesen Irrtum entbehrlich erscheint. Falsch ist dann die weitere Annahme, dass die Anfechtung der Zeichnung diese vermeintliche Zahlungspflicht aufheben und dadurch dem auf die eingetragene Vermögensbasis der Gesellschaft vertrauenden Verkehr diese Basis entziehen könnte. Unzureichend, um diese vermeintliche Gefahr zu beseitigen, ist das zur Motivierung des Ausschlusses der Anfechtung herangezogene Prinzip der Verkehrssicherheit.

Nun hat allerdings das Reichsgericht diese Folgerung nicht so kurz und glatt gezogen, sondern sie versteckt in der Behauptung, der Zeichnung komme eine doppelte Funktion zu, nämlich die einer der Gesellschaft erklärten Beitrittserklärung, und die einer dem Verkehr (oder dem Handelsregister oder gar den Gläubigern, vergl. § 7) gegenüber abgegebenen unbedingten, abstrakten Verpflichtungserklärung, des Inhalts, für die Zeichnung nach der Eintragung unbedingt haften zu wollen. Kraft dieser ihrer zweiten Verkehrsfunktion wird nun die Zeichnung zu allen Rücksichten auf die Sicherheit des Verkehrs verpflichtet, unabhängig davon, ob ihr etwa in ihrer anderen Funktion Mängel anhaften.

Nun ist aber diese angebliche Verkehrsfunktion nichts als die Anwendung des oben angedeuteten und jetzt oft gemissbrauchten Prinzips der Verkehrssicherheit; in Wirklichkeit ist diese Funktion nicht vorhanden.

Im strengen Sinne dem Verkehr gegenüber abgegeben ist die Zeichnung nicht; es kann keine Rede davon sein, dass der Verkehr Adressat der Zeichnung ist. Nicht einmal das Registergericht kann ernsthaft als Adressat angesprochen werden. Der vom Reichsgericht (Bd. 9 S. 38) gebrauchte Ausdruck „Erklärung zum Handelsregister"

[1]) Dass diese Gründe selbst die Anhänger der Meinung nicht befriedigen, geht aus einer merkwürdigen Äusserung Holdheims in seiner Monatsschrift 1901 S. 267 hervor, wo er zugibt, sein Rechtsgefühl erhebe sich immer wieder dagegen, dass der Aktiengesellschaft das Privilegium verliehen sei, sich straflos durch Betrug zu bereichern. Er wünscht, dass man endlich den Punkt finde, durch den die Entscheidung, deren Ergebnis er billigt, mit der Billigkeit und dem Rechtsbewusstsein in Einklang gebracht werde.

will auch nicht dasselbe sagen, als „Erklärung an das Handelsregister". Er bedeutet nur, dass dem Gericht die für die Eintragung notwendige Erfüllung der Gründungsnormativbestimmungen[1]), also auch die Vollzeichnung durch Verlegung der Zeichnungsscheine nachgewiesen werden soll (H. G. B. § 195). Im strengen Sinn als Nebenadresse kann die Phrase von der Verkehrsfunktion also nicht aufgefasst werden. Meint das Reichsgericht aber nur, dass die Zeichnung eine Unterlage für die dem Verkehr sehr wichtige Tatsache der Eintragung bildet, so ist dies zwar richtig, kann aber nicht etwas immerhin Anomales, wie es der Ausschluss der Anfechtung wegen Betruges ist, rechtfertigen. Das Reichsgericht[2]) hat für den der Aktienzeichnung ganz analogen Fall der Beitrittserklärung zu einer Genossenschaft ausführlich dargelegt, dass eine so weitgehende Massnahme, wie die Ausschliessung der Betrugsanfechtung nur zu Gunsten Dritter geschehen sei und eines ausdrücklichen unzweifelhaften Ausspruchs im Gesetz bedürfe. Wenn eine derartige Bestimmung also dem Gesetzgeber zur Sicherung des Gesellschaftsrechtes und mit Rücksicht auf die gerichtliche Eintragung erforderlich erschienen wäre, so hätte er dies sagen müssen[3]). Entscheidend für die rechtliche Zulässigkeit der Einrede sei daher schon die Tatsache, dass dieselbe nicht ausdrücklich ausgeschlossen sei. — Diese Begründung erscheint viel beweiskräftiger, als die vom Reichsgericht weit häufiger gegebene Entwickelung der Verkehrsfunktion der Zeichnung. Nie und nimmer kann zugegeben werden, dass die Unterlagen, auf Grund deren ein publizistischer Akt einer Behörde erfolgen soll, damit ihrer Natur als zivilrechtliche Willenserklärungen entkleidet und jedem Angriff, der auf zivilen Grundgesetzen, wie sie §§ 119 flg. B. G. B. darstellen, beruht, nun entzogen sein sollen. Unanfechtbar bleibt nur der publizistische Akt selbst und auch nur daran hat der Verkehr ein vernünftiges Interesse. Unanfechtbar bleibt auch das, was die Eintragung deklariert. Dies ist aber nicht die Tatsache, dass der Zeichner versprochen hat, einige tausend Mark in die Aktiengesellschaft einzulegen, sondern eingetragen ist vielmehr, dass eine Aktiengesellschaft mit der bestimmten Haftsumme ihres Grundkapitales entstanden sei. Wer nun mit dieser Gesellschaft arbeiten will, muss nicht nur zusehen, ob dieselbe nicht zu viel Gläubiger und schlechte Schuldner hat, sondern auch, ob das Kapital schon vollgezahlt ist und ob nicht

[1]) E. R. G. Bd. 2 S. 130, Bd. 19 S. 126.

[2]) Bd. 36 S. 105.

[3]) Dieses auszusprechen, hätte die Revision des H. G. B. einen bequemen Anlass gegeben. Es ist aber leider nicht geschehen!

etwa einige Aktionäre zu den schlechten Schuldnern gehören, indem sie die von ihnen verlangte Einzahlung der Aktien verweigern. Den Verkehr so sichern, wie das Reichsgericht es verlangt, hiesse ihn bevormunden und dadurch demoralisieren, dass eine Bereicherung durch Betrug privilegiert wird.

Mit dieser vermeintlichen Verkehrsfunktion fällt das ganze Gebäude der reichsgerichtlichen Begründung des Anschlusses der Anfechtung zusammen. Weder ist dann noch die Möglichkeit vorhanden, die für den Verkehr fungierende Zeichnung für abstrakt und unabhängig von der vielleicht mangelhaften verbandsrechtlichen Zeichnung zu erklären, noch auch die verbandsrechtliche aus Rücksichtnahme auf den zu sichernden Verkehr selbst als abstrakt anzusprechen. Es gibt vielmehr nur eine Funktion der Zeichnung, eine verbandsrechtliche, welche mit dem Verkehr garnichts zu tun hat und aus Verkehrsrücksichten jedenfalls nicht unanfechtbar ist.

III. Zu ganz anderen Schlüssen als das Reichsgericht gelangt man unter Zugrundelegung der in vorliegender Arbeit entwickelten Sätze.

Das Anfechtungsproblem besteht nicht in der Frage, warum die Anfechtung zulässig ist oder nicht, sondern vielmehr ist vorerst zu untersuchen, welchen Einfluss eine erfolgreich durchgeführte Anfechtung der Zeichnung auf die Aktionärschaft mit ihren Rechten und Pflichten haben würde.

Das Reichsgericht nimmt es als ausgemacht an, dass der Zeichner zahlen müsse und dass diese Zahlungspflicht mit der Anfechtung der Zeichnung hinfällig werde. Die Frage nach dem Einfluss der Anfechtung ist damit schnell gelöst, und es bleibt, da dies Ergebnis dem Bedürfnis nicht zu entsprechen scheint, die vermeintliche Pflicht der Rechtssprechung und der Wissenschaft, nach Gründen zu suchen, aus denen die Anfechtung selbst zu hindern ist.

Wir aber gehen davon aus, dass der Zeichner Mitglied werden will und nichts weiter, und dass er, wenn er solches durch die Zuteilung geworden ist, als Mitglied zahlen müsse. Damit ist die Zahlungspflicht als Mitgliedschaftspflicht formell von der Zeichnung und ihren Schicksalen unabhängig gemacht und es hat sehr wohl einen Sinn zu fragen, was für das Reichsgericht selbstverständlich ist: Was geschieht mit der aus der Zuteilung erworbenen Mitgliedschaft und ihren Folgen, wenn die Zeichnung angefochten wird? Die eventuellen Gründe, aus denen die Anfechtung zuzulassen oder zu versagen ist, kommen erst in Betracht, wenn überhaupt der

Anfechtung der Zeichnung ein Einfluss auf die Mitgliedschaft zugesprochen werden kann.

1. Da ist nun zunächst einleuchtend, dass eine Anfechtung vor der Zuteilung eine Mitgliedschaftsverleihung unmöglich machen würde, da — wie wir sahen — keine Korporation jemanden selbstherrlich ohne seine Einwilligung aufnehmen kann. Die durch Anfechtung zerstörten Zeichnungen würden demnach ganz aus der Gründung beziehungsweise Kapitalserhöhung ausfallen. Diese Zeichner könnten keine Mitglieder werden. Die Anfechtung würde einer eventuellen Mitgliedschaft den Boden entziehen.

Ein Grund, entgegen § 119 u. flg. B. G. B., die Anfechtung vor der Zuteilung zu beschränken oder auszuschliessen, ist nicht ersichtlich. Theoretisch nicht, weil die Zeichnung als Beitrittserklärung dem personenrechtlichen Gebiet des bürgerlichen Rechtes angehört und mithin den allgemeinen Rechtsvorschriften des Zivilrechtes, demnach auch denjenigen über die Anfechtung einer Willenserklärung untersteht. Es müsste zur Begründung des Gegenteils, wie es das Reichsgericht schon einmal (Bd. 36 S. 105) verlangt hat, eine ausdrückliche Sondervorschrift des Gesetzes gefordert werden. Aus praktischen Gründen, etwa aus Rücksichten des Verkehrs, zum Schutz Dritter, kann eine Beschränkung der Anfechtung nicht motiviert werden, weil bis zur Zuteilung die Zeichner und die Gesellschaft die einzigen Interessenten sind; ob die Zeichnung nichtig, anfechtbar, wertlos oder ernst gemeint ist, bleibt bis zur Zuteilung vollkommen unter ihnen. An Stelle der ausfallenden werden einfach andere Zeichnungen heranzuziehen sein. Sollte aber durch die Anfechtung einiger Zeichnungen die Vollzeichnung aufgehoben sein, so werden die Gründer bezw. die Vorstände um neue zu werben haben. Sollte selbst die Gründung oder Erhöhung infolge rechtzeitiger Anfechtungen ganz unmöglich werden, so ist dies auch noch kein Grund die Anfechtung zu verbieten oder zu beschränken. Haben einige betrogene Zeichner sich durch schleunige Anfechtung gerettet, so nimmt der Verkehr daran sicher keinen Schaden, denn ihm kann nicht daran liegen, dass schwindelhafte Gründungen ermöglicht werden. Nirgends auch ist im Gesetz eine Tendenz zu ersehen, die Entstehung einer Aktiengesellschaft zu erleichtern, nur den Bestand gegründeter will das Gesetz sichern und erhalten[1]).

[1]) Das Reichsgericht hat sich über diese Frage der Anfechtung vor der Zuteilung nicht ausgesprochen, es scheint aber der Zulassung der Anfechtung nicht abgeneigt zu sein. Vergl. E. R. G. v. 4. Juni 1902 bei Holdheim S 268.

2. Bei weitem schwieriger ist die Frage des Einflusses der Anfechtung auf die Mitgliedschaft und der Zulässigkeit der Anfechtung, wenn die Zuteilung schon erfolgt ist.

Beginnen wir mit der zweiten Frage. Wir haben gesehen, dass die herrschende Meinung des Reichsgerichts die Anfechtung der Zeichnung unbedingt wegen der angeblichen Doppelnatur derselben verwirft. Den Gründen des Reichsgerichts haben wir uns nicht anschliessen können. Vielmehr ist die Anfechtung nur dann auszuschliessen, wenn die anfechtbare Zeichnung bestätigt ist (B. G. B. § 144), ein Fall, der kaum oft vorkommen wird, denn um giltig zu sein, setzt die Bestätigung Kenntnis des Anfechtungsgrundes voraus und nach Kenntnis desselben wird der Zeichner kaum gewillt sein, zu bestätigen.

Vom Standpunkt der Arbeit aus wird also der anfechtende Zeichner ausser im Fall der Bestätigung aus den allgemeinen Gründen des bürgerlichen Rechtes stattzugeben sein. Es muss dann weiter unbedingt zugegeben werden, dass eine Anfechtung der Zeichnung auf sie rückwärts zerstörende Kraft haben würde. Nach B. G. B. § 142 kann dies keinem Zweifel unterliegen. Es ist demnach, eine erfolgreiche Anfechtung vorausgesetzt, die ganze Zeichnung „als von Anfang an nichtig anzusehen".

Ist aber die auf Grund einer so rückwärts zerstörten Zeichnung erfolgte Zuteilung damit gleichfalls zerstört? Oder aber lässt sich die Giltigkeit der Zuteilung und der Bestand der aus ihr erworbenen Mitgliedschaft in allen oder wenigstens in einigen Anfechtungsfällen noch aufrecht erhalten?

Wäre die formgerechte Zeichnung wirklich die ausschliessliche formelle Grundlage des Aufnahmeaktes, so könnte die Folgerung nicht abgewiesen werden, dass nach erfolgreicher Anfechtung der Zeichnung auch die darauf ruhende Zuteilung samt allen ihren Folgen, wie Mitgliedschaft nebst Rechten und Pflichten, zusammenfallen müsste. So ausschliesslich und formell basiert aber die Aufnahme nicht auf der Beitrittserklärung; sie bedarf weder der formellen Unanfechtbarkeit, noch der fortdauernden Wirksamkeit derselben.

Das Gesetz verlangt für den ordnungsmässigen Verlauf einer Gründung bezw. Erhöhung, dass die neuen Mitglieder auch giltig gezeichnet haben. Für die Frage aber, ob materiell eine Mitgliedschaft entstanden ist, kommt es nur darauf an, dass der Zeichner zur Zeit, da er aufgenommen wurde, gewillt war, Mitglied zu werden, und dass er irgendwie diesen Willen der Gesellschaft kund gegeben

hat. Liegt dieser Wille und dessen Erklärung vor, so ist der Zeichner durch den Inkorporierungsakt der Verbandspersonen aufgenommen. Nicht eine förmliche Zeichnung und die daraufhin ergehende Zuteilung ist die Grundlage der Mitgliedschaft, sondern die von Seiten der Verbandsperson abgegebene Aufnahmeerklärung, welche einem aufnahmebereiten Kandidaten erklärt sein muss. Sie setzt zur Giltigkeit also keine förmliche Erklärung, sondern nur das Vorhandensein eines Willens, Mitglied zu werden, und dessen Kundgebung voraus. Wir haben oben, § 4, schon gesehen, dass man auf Grund eines ganz nichtigen Scheines, bloss infolge einer Betätigung des Beteiligungswillens nach § 189 Abs. 4 und 5 Mitglied werden kann.

Ebenso muss es unzulässig sein, die formell durch die Zuteilung erworbene Mitgliedschaft deshalb von sich abzustreifen, weil man den erklärten und gewollten Beteiligungswillen infolge eines Irrtums oder Betruges gefasst hat.

Eine solche Aufnahme ist gegenüber der normalen, auf Grund vollgiltiger und formgerechter Zeichnungserklärungen vollzogenen freilich eine anomale, vielleicht illegale zu nennen. Sie würde aber auch in dem doch unzweifelhaft zulässigen Falle stattfinden, wenn jemandem Aktien zugeteilt sind, der gar nicht gezeichnet hat; sieht das Gericht über diesen Mangel hinweg und trägt dennoch ein, so fehlt einem solchermassen Aufgenommenen nichts zu seiner Mitgliedschaft. Ungewöhnlich und ordnungswidrig ist eine solche Aufnahme wohl, aber weil mit dem Willen des Aufzunehmenden vollzogen, kein Gewaltakt und keine durch privilegierten Betrug gewonnene Bereicherung (Holdheim a. a. O.). Das Recht kann nicht in starrer logischer Folgerichtigkeit die Vorfälle des Lebens wie wissenschaftliche Experimente behandeln und wegen Mangelhaftigkeit eines früheren Gliedes eine längere Kette von rechtlichen Wirkungen zerstören. Man denke an den der Inkorporierung ähnlichen Fall der Anstellung eines Beamten. Beide Akte sind unabhängig von den Motiven, aus denen der Kandidat um die Mitgliedschaft oder um das Amt nachsucht. Ein Irrtum über die Einträglichkeit und andere Vorteile des Amtes ist ebenso, wie eine Täuschung über die Sicherheit und Rentabilität der Aktiengesellschaft, für die Entstehung und den Bestand der Mitgliedschaft und der Beamtenqualität belanglos. Ist freilich ein Wille zur Übernahme der Mitgliedschaft bezw. des Amtes gar nicht vorhanden, lag also ein totaler Irrtum über den Inhalt der Beitrittserklärung oder ein Zwang bei Abgabe der gar nicht beabsichtigten Erklärung vor, so bleibt die trotzdem erfolgte

Inkorporierung bezw. Belehnung mit dem Amt eine lediglich selbstherrliche, für den Scheinkandidaten unverbindliche Äusserung der Verbandsperson bezw. der Behörde; wie die erzwungene oder gar nicht gewollte Erklärung ist denn auch die Mitgliedschaft und die Beamtenqualität der Anfechtung ausgesetzt.

Als Resultat gewinnen wir daher folgende Sätze: Ausser im Fall der Bestätigung kann nach den allgemeinen bürgerlich rechtlichen Normen eine Zeichnung stets angefochten werden. Eine solche Anfechtung hat aber nur dann einen Einfluss auf die Mitgliedschaft mit ihren Rechtsfolgen, wenn der essentielle Mangel eines Beitrittswillens, wegen Irrtums über den Inhalt der Zeichnung, der auch durch Betrug hervorgebracht sein kann, oder wegen erzwungener Abgabe der Erklärung, den Anfechtungsgrund bildet. In allen anderen Fällen aber, also wenn auf Grund eines Irrtums über wesentliche Eigenschaften der Aktiengesellschaft oder wegen betrügerischer Verleitung zur Zeichnung angefochten werden soll, ist der Anfechtung zwar stattzugeben, aber die Zuteilung, die Mitgliedschaft und die Zahlungspflicht werden durch eine solche Anfechtung nicht unwirksam. In diesen Fällen ist daher eine Anfechtung ganz zwecklos, wie die Todeserklärung eines notorisch Gestorbenen. Für die Wirksamkeit der Mitgliedschaft des Anfechtenden ist sie genau so unschädlich wie der Einsturz eines Gerüstes, nachdem das Bauwerk fertig ist.

So sind wir von ganz anderen Voraussetzungen aus und auf völlig anderem Wege zu dem im wesentlichen gleichen Ergebnis gekommen, wie das Reichsgericht. Wir möchten die Anfechtung der Zeichnung immer zulassen, räumen ihr aber nur in wenigen Fällen einen Einfluss auf die Mitgliedschaft ein. Das Reichsgericht nimmt umgekehrt einen unbedingten Einfluss der Anfechtung auf die Mitgliedschaft (Zahlungspflicht) an, will aber diese vermeintliche Wirkung vermeiden und lässt daher die Anfechtung nur in wenigen Fällen zu, in denselben, in denen die Arbeit ausnahmsweise einen Einfluss auf die Mitgliedschaft anerkennt.

3. Durch die Eintragung der Gesellschaft bezw. der Kapitalserhöhung wird an diesen für die Behandlung der Anfechtung für die Zeit nach der Zuteilung entwickelten Grundsätzen nichts geändert. Ein Grund, nach der Eintragung der Anfechtung einen weiteren Einfluss auf die Mitgliedschaft zuzuerkennen, als für die Zeit zwischen Zuteilung und Eintragung, besteht selbstverständlich nicht. Aber ebensowenig lässt sich eine noch grössere Einschränkung des

Einflusses, etwa bezüglich der Einrede des Zwanges und des Irrtums über den Inhalt der Zeichnung, rechtfertigen. So hat denn auch das Reichsgericht, das doch der Anfechtung der Zeichnung sicher nicht wohlwollend gegenübersteht, diese, das Vorliegen eines Beteiligungswillens ganz leugnenden Einreden des Zwanges, der Drohung und des essentiellen Irrtums über den Inhalt der Zeichnung auch noch für die Zeit nach der Eintragung zugelassen (z. B. Entscheid. vom 4. Juni 1902, bei Holdheim, 1902. S. 267).

Literatur-Verzeichnis.

Adelmann, Über die bei Successivgründungen von Aktiengesellschaften hervorgehenden Rechtsverhältnisse. Erlanger Diss. 1893.

Averbeck, Wegen der Aktienzeichnung, Rechte und Pflichten aus der Zeichnung. Jenenser Diss. 1900.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts I. Bd.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 4. Auflage 1898, 5. Auflage 1900 an den einschläg. Stellen wörtlich gleichlautend.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.

Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

Hahn, Über die aus der Zeichnung von Aktien hervorgehenden Rechtsverhältnisse. Strassburger Diss. 1874.

Hellwig, Verträge auf Leistungen an Dritte. 1899. S. 250. flg.

Jolly, In der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 9. S. 352. u. flg.

Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften. I. Bd. 1898.

Pinner, Das deutsche Aktienrecht. 1899.

Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen. I. Bd. S. 52.

Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften. 2. Auflage. 1875.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. und 7. Auflage.

Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen.